



Los objetivos de sostenibilidad y su influencia en el moderno derecho de sociedades

Sustainability objectives and their influence on modern company law

Jesús Quijano González*
Universidad de Valladolid, España

Resumen:

La necesidad de promoción y de protección de intereses generales sometidos a crecientes amenazas, para lo que resulta imprescindible la colaboración de las empresas, está motivando un cambio de tendencia en la configuración del objeto de las sociedades mercantiles, especialmente las de mayor tamaño. De la tradicional concepción de las sociedades como manifestaciones del derecho de asociación con fines económicos, entre los que la obtención de ganancia y su reparto entre los socios aparecía como una finalidad natural, se ha ido evolucionando hacia una forma de entender el interés social en combinación con otros intereses, como son la protección del medio ambiente, la promoción de los derechos humanos o la aplicación de modelos de gobernanza participativos, con equilibrio de género y con métodos de control contable y de gestión más eficaces.

A este planteamiento respondió históricamente la definición de compromisos de responsabilidad social corporativa, y más recientemente la exigencia de proporcionar información no financiera formalizada que permitiera valorar esos compromisos. En la actualidad, los objetivos de sostenibilidad ESG (medio ambiente, cuestiones sociales, gobernanza) constituyen prácticamente una obligación que las sociedades deben asumir, ofreciendo información periódica sobre su nivel de implicación en la promoción de esos objetivos. Las iniciativas europeas en materia de sostenibilidad, y también en diligencia debida y equilibrio de género, constituyen manifestaciones de especial interés en este nuevo planteamiento.

Abstract:

The need to promote and protect general interests subject to increasing threats, for which the collaboration of companies is essential, is leading to a change in trend in the configuration of the purpose of commercial companies, especially larger ones. From the traditional conception of companies as manifestations of the right of association for economic purposes, among which the obtaining of profit and its distribution among the partners appeared as a natural purpose, there has been an evolution towards a way of understanding the social interest in combination with other interests, such as the protection of the environment, the promotion of human rights or the implementation of participatory, gender-balanced governance models with more effective accounting and management control methods.

* Catedrático emérito de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid. ORCID: 0000-0003-1641-4884. Contacto: jesus.quijano@uva.es

Historically, this approach has been followed by the definition of corporate social responsibility commitments, and more recently by the requirement to provide formalized non-financial information that would allow the assessment of these commitments. At present, ESG sustainability objectives (environment, social issues, governance) are practically an obligation that companies must assume, providing regular information on their level of involvement in promoting these objectives. European initiatives in the field of sustainability, as well as in due diligence and gender balance, are expressions of particular interest in this new approach.

Palabras clave:

Sostenibilidad; responsabilidad social corporativa; información no financiera; diligencia debida; equilibrio de género.

Keywords:

Sustainability; corporate social responsibility; non-financial reporting; due diligence; gender balance.

1. Introducción y planteamiento: la sostenibilidad corporativa como nuevo objetivo

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua se limita a definir la sostenibilidad como la cualidad de lo sostenible; y define lo sostenible como aquello que se puede sostener, añadiendo una acepción que señala como válida en economía (economía sostenible) y en ecología (desarrollo sostenible), indicando que es sostenible “lo que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente”. Y es, sin duda, esta acepción la que en época reciente ha adquirido un significado verdaderamente especial. Lo que ha ocurrido es que un concepto habitualmente utilizado como objetivo a contraponer a un modelo de desarrollo económico que consume recursos naturales en trance de agotamiento a corto, medio o largo plazo y con síntomas evidentes de mostrarse como un modelo no sostenible, ha extendido su campo de aplicación en muchas otras direcciones y en ámbitos muy variados.

De manera que lo que venía siendo una pauta de reorganización de los objetivos económicos, con especial incidencia en el medio ambiente, se ha convertido en un principio de valoración jurídica, con una tendencia ya muy marcada a constituir una fuente de obligaciones exigibles y de reglas imperativas, como es bien perceptible en los dominios legales (así, en el derecho de la empresa, en el derecho de sociedades, en el derecho de la contabilidad y la auditoría, etc.,) que aquí son objeto de consideración.

En efecto, se habla hoy de “políticas de gobierno sostenible de las empresas” como resultado de un “principio de sostenibilidad corporativa”, de contenido y alcance complejo, que se conecta con la más tradicional “responsabilidad social corporativa” y con lo que más modernamente han supuesto las recomendaciones de “buen gobierno

corporativo”, todo ello relacionado con la función y la organización de las empresas, generalmente organizadas en forma de sociedad mercantil, que actualmente desarrollan su actividad en un contexto de profundas transformaciones en todos los ámbitos, con presencia creciente de intereses colectivos y de situaciones de riesgo que reclaman atención y protección.

Es comprensible, pues, que, en esas circunstancias, al derecho se le pidan respuestas y reacciones, en la convicción de que constituye un instrumento de ordenación de las relaciones sociales en sentido amplio, capaz para establecer y fomentar prioridades, para proteger derechos e imponer obligaciones. El derecho, además, conoce técnicas de distinto alcance (reglas de “derecho duro”; recomendaciones de “derecho blando”), que pueden resultar útiles tanto para alcanzar objetivos deseables, como para minimizar o neutralizar riesgos, orientado por una tendencia histórica a buscar soluciones más justas, ciertamente con avances y retrocesos, y aunque no siempre lo haga con la inmediatez y la prontitud necesarias.

El asunto que ahora nos ocupa es una buena muestra del alcance de esta evolución, concretamente en lo que se refiere a las empresas, como protagonistas que son de una actividad económica de gran impacto sobre el conjunto de la sociedad, y también, por ello mismo, a las disciplinas jurídicas que tienen relación más directa con esa actividad, como es el caso del derecho mercantil en general, del derecho de sociedades en particular, y de otros sectores del ordenamiento, tanto privados como públicos, que actualmente confluyen, mezclados y superpuestos, en la regulación del funcionamiento del mercado y de los sujetos que en él organizan, compiten y desarrollan su función en forma de empresa.

Hasta no hace mucho tiempo, las empresas constituidas conforme a los tipos jurídicos, especialmente los societarios, previstos legalmente, eran concebidas principalmente como

“instrumentos del ámbito privado”, dispuestos para desarrollar una actividad económica con ánimo de lucro y fines de maximización del valor de lo invertido por sus socios, destinatarios preferentes del beneficio obtenido. Obviamente, en el entorno se situaba un conglomerado de intereses, más interno, de directivos, trabajadores, filiales, sucursales, empresas auxiliares, etc., o más externo, de inversores, acreedores, financiadores, aseguradores, prestadores de servicios, proveedores, clientes, consumidores, etc., cuyo reconocimiento y protección, se situaba respectivamente en esa conocida relación entre shareholders y stakeholders, entendida en todo caso como contraposición de intereses particulares, concretos y compaginables, en la que era posible alcanzar un equilibrio razonablemente tranquilo, porque sus diversas pretensiones se podían satisfacer con instrumentos y medidas de la categoría jurídico-privada, en la que se situaban el suministro de información adecuada, la protección eficaz de los derechos, el régimen tradicional de los contratos y el ejercicio de las acciones judiciales o arbitrales. Todo ello, en el ámbito de un modelo progresivamente globalizado de economía de mercado, en el que el nivel estrictamente imperativo del derecho se combinaba con un entramado creciente de recomendaciones de buen gobierno, que, en algunos aspectos del funcionamiento orgánico de las sociedades comerciales, especialmente las que emiten valores cotizados, fueron evolucionando desde el seguimiento voluntario al cumplimiento obligado por normas incorporadas al régimen legal.

Lo que está ocurriendo actualmente es que ese fenómeno complejo de profundas transformaciones y nuevos riesgos ha acelerado la necesidad de proteger intereses generales que ya no forman parte de un ámbito estrictamente privado donde puedan ser promovidos o satisfechos. Es el caso, tan significativo, de la urgencia en preservar y restaurar, si aún fuera posible, el medio ambiente; de impulsar los objetivos de equilibrio de género en un contexto donde la desigualdad todavía es demasiado elevada; de asegurar que la actividad económica y la relación entre empresas, y de éstas con los poderes públicos, se desarrolla con pautas de limpieza y lealtad; de mejorar las condiciones laborales de los trabajadores y de la calidad para los consumidores; de garantizar el respeto a los derechos humanos en el entorno; de promover el desarrollo social y cultural de los lugares donde la empresa obtiene los recursos o elabora sus productos, con visible rendimiento. En ese marco, tan complejo y tan variado, es donde ha cobrado sentido el objetivo tan invocado de la sostenibilidad.

En efecto, este cambio cualitativo en la percepción y en el nivel de los intereses generales más necesitados de protección está provocando la necesidad de disponer de nuevos instrumentos, porque los

conocidos, sean los privados, por inadecuados, sean los públicos, por insuficientes, no aseguran la eficacia deseable. Y es ahí donde se reclama cada vez más intensamente la presencia y el compromiso de las empresas como “agentes de intereses generales”, de modo que asuman, voluntariamente o por impulso legal, obligaciones que hasta hace poco se consideraban propias y exclusivas de los poderes públicos. Obviamente, aunque para ciertos aspectos sea válido y útil hacerlo, no siempre es posible ni proporcionado, porque el marco jurídico general de la libre iniciativa económica no sería compatible con ello, imponer obligaciones estrictas, con sanción por incumplimiento, para alcanzar todos los objetivos en cada caso, y eso es lo que motiva que el estado actual de la cuestión se sitúe en una “fase intermedia”, combinando técnicas de distinta naturaleza en ese proceso de implicación de las empresas en lo que ha dado en llamarse la “sostenibilidad corporativa”, como nuevo paradigma de su responsabilidad social.

Los instrumentos que se van disponiendo con esa finalidad son diversos: algunos más conocidos, otros más novedosos. Conocidos son, por ejemplo, los códigos de buen gobierno, a los que se han ido incorporando recomendaciones relacionadas con los objetivos de la responsabilidad social de las empresas; también las exigencias de información periódica, que se han ido añadiendo a la tradicional información contable anual, ordinaria o consolidada y que actualmente alcanzan al buen gobierno, a la responsabilidad social, incluso a la remuneración de los administradores. Más novedosas son las nuevas exigencias de información, tasada y verificada, en materia no financiera, como lo será en un futuro próximo la información sobre sostenibilidad corporativa, asunto estelar en la actual estrategia de implicación de las empresas en la promoción y defensa de intereses generales. Y más llamativos están siendo aún los instrumentos que contemplan la incorporación de esos intereses generales en el ámbito del objeto social, mediante cláusulas estatutarias que lo integran en una nueva concepción del ánimo de lucro, que admite formulaciones complementarias a la obtención de ventaja económica directa e inmediata, al reparto de ganancia, o a la maximización del valor de la participación en el capital, y pone énfasis en la imagen reputacional de la empresa, en el premio del mercado, en el atractivo para inversores y consumidores, o en el estímulo del prestigio competitivo, siempre a medio o largo plazo. Lo mismo que, finalmente, otros instrumentos que suponen la configuración de nuevas obligaciones a los directores de las empresas (la obligación de “diligencia debida”, con efecto en su responsabilidad, es un interesante ejemplo), la aparición en la escena societaria de nuevos tipos, o de variantes de los tipos conocidos, que introducen en su identidad el propósito de promover intereses

sociales (las llamadas “sociedades de beneficio” son ya una categoría reconocida), o la expansión de peculiares formas empresariales de economía social y colaborativa, que proliferan con pretensión de servir de alternativa a las empresas de capital.

El panorama descrito resume un estado de la cuestión tan dinámico como diverso. Convendrá, pues, exponer una relación sintética de antecedentes, en general no demasiado remotos, para percibir que la situación actual es el fruto de una evolución bastante acelerada, especialmente en lo que va de siglo. En ese material, acumulado en poco tiempo, y en las nuevas demandas sociales, culturales y jurídicas, está la base de las más recientes iniciativas, que, en el ámbito europeo, son la Directiva de información sobre sostenibilidad corporativa, y, por su relación con ella, la de diligencia debida de las empresas y la de equilibrio de género en los órganos de dirección de las sociedades, a las que luego se prestará atención.

2. Los antecedentes: de la responsabilidad social corporativa a la sostenibilidad

La selección de los antecedentes más significativos comprende tres elementos a los que prestar atención de forma principal, a sabiendas de que podrían mencionarse muchos otros, en general más dispersos y de menor incidencia. Los más relevantes son, por este orden: la responsabilidad social corporativa, como línea de actuación sostenida de las empresas en relación con su entorno; las recomendaciones procedentes de los códigos de buen gobierno, en algunos casos trasladadas luego a normas legales; la más reciente, y de especial importancia, la exigencia de proporcionar “información no financiera” por parte de las empresas. Cada uno de ellos se examina brevemente por separado.

2.1. La responsabilidad social corporativa y su evolución

La denominada responsabilidad social corporativa, o empresarial (en adelante RSC o RSE) es un instrumento configurado y conocido desde hace tiempo con la finalidad de formalizar y manifestar el compromiso de la empresa con los intereses, problemas, demandas, etc., del entorno donde actúa. Ya en la década de los 70 del pasado siglo se empezó a hablar del entonces llamado “balance social”, para contraponerlo al “balance económico” que formaba parte tradicional de la contabilidad anual, como un mecanismo puramente voluntario donde la empresa podía integrar, con algún grado de medición cualitativa y cuantitativa, sus iniciativas en tal sentido. Se pensaba entonces de manera especial en el caso de grandes empresas que, procedentes del mundo más desarrollado, obtenían recursos y materias primas, o localizaban

sus centros de producción en lugares menos desarrollados donde las condiciones laborales y sociales resultaban más favorables. A ellas se dirigía la demanda de compromiso con las necesidades del entorno, y ellas mismas exhibían sus programas de RSC, en prueba de su conducta solidaria y también buscando un efecto favorable de imagen reputacional en el mercado.

Más recientemente, la RSC ha adquirido forma, con un contenido delimitado y con sometimiento progresivo a técnicas de comunicación, verificación y control. En efecto, una Comunicación de la Comisión Europea, de 2001, puso en valor el significado de la RSC, iniciando la elaboración de un Libro Verde que analizara la situación en los Estados miembros en aquel momento. De allí derivaron otras Comunicaciones de la Comisión (en 2002 y 2006), Resoluciones de impulso del Parlamento Europeo (la de 13 de marzo de 2007 tuvo especial incidencia), hasta que, finalmente, el 25 de octubre de 2011, la Comisión Europea formuló una “Estrategia sobre Responsabilidad Social Empresarial”, afirmando que “abordar la responsabilidad social de las empresas redundará en interés de las propias empresas y también en interés de la sociedad en su conjunto”.

Las grandes cuestiones de la RSE, asociadas a los riesgos de vulnerabilidad de los intereses más sensibles, estaban presentes como prioridades; concretamente, el apartado 3 de la Estrategia, que llevaba por título “Una interpretación moderna de la responsabilidad social de las empresas”, proponía “una nueva definición” que integrara “las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, el respeto de los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores en las operaciones empresariales”. También la Comisión aludía a los que consideraba factores propicios para aumentar el impacto de las políticas de RSE, en una línea que posteriormente ha constituido orientación principal: la recompensa esperable en el mercado para las empresas comprometidas con la RSE, tanto en la inversión como en la contratación pública; la autorregulación y corregulación como técnicas apropiadas para facilitar la asunción voluntaria de políticas de RSE; la necesidad de transparencia y evaluación de los programas asumidos, especialmente en materia medioambiental y de derechos humanos.

Considerada la RSE como antecedente de los más actuales planteamientos de sostenibilidad, fácilmente se percibe que entre unas y otras propuestas existe una continuidad sustancial en los contenidos, sin perjuicio de las novedades en aspectos ciertamente fundamentales en cuanto a una mayor exigencia en el cumplimiento y verificación de los compromisos asumidos, como habrá ocasión de señalar en su momento.

2.2. La cuestión en los códigos de buen gobierno

Los planteamientos del “buen gobierno corporativo” se iniciaron como tales en la última década del pasado siglo con una intencionalidad de mejorar el control y la supervisión de un modelo de gestión societaria que se consideraba cada vez más centralizado y menos participativo, como consecuencia de la enorme concentración de poder de decisión en los ejecutivos de las grandes compañías. Aquella finalidad principal, de dimensión básicamente interna, que afectaba sobre todo a la estructura orgánica de las grandes sociedades cotizadas, estuvo presente en lo que hoy podría considerarse la “primera generación” de los códigos de buen gobierno que se elaboraron entonces; se pretendía acomodar la composición, la organización y el funcionamiento de los órganos colegiados de dirección (caso de los Consejos de Administración en España, etc.) a nuevas pautas (presencia de consejeros independientes, puesta en marcha de comisiones internas para el control de auditoría, de nombramientos y retribuciones, delimitación de competencias indelegables de supervisión radicadas en el nivel plenario del órgano, etc.), de modo que una mayor implicación de los miembros y, en su caso, de los accionistas, de los inversores institucionales, de los asesores de voto, diera como resultado un mayor y mejor control de la gestión de los altos ejecutivos, neutralizando riesgos de falta de transparencia que se habían puesto de manifiesto con ocasión de algunos muy sonoros escándalos financieros.

Esta orientación, tendente al control interno de manera principal, puede apreciarse bien en España, en los primeros códigos de buen gobierno que se elaboraron en aquella etapa (el conocido como Código Olivencia, en 1998, y el Código Aldama, en 2003). Sin embargo, entrado ya el siglo, los “códigos de buen gobierno de segunda generación” fueron incorporando una nueva perspectiva, directamente relacionada con la creciente sensibilidad social respecto de la necesidad de promover y proteger determinados intereses generales que se consideraban en riesgo o insuficientemente atendidos, para lo que resultaba imprescindible la “complicidad” de las empresas y su colaboración con los poderes públicos. Obviamente, tal implicación se concebía como una asunción voluntaria de compromisos efectivos, que debía ser fomentada y estimulada, y esa era la razón por la que los nuevos códigos fueron incluyendo recomendaciones específicas en las materias que luego han formado parte de las propuestas más significativas de la moderna sostenibilidad.

En la experiencia española, el Código Unificado de Buen Gobierno, elaborado en el seno de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en 2006

contenía una concreta recomendación, la número 15, que, bajo el rótulo “diversidad de género”, impulsaba un mayor equilibrio participativo, con la incorporación de más mujeres en el órgano de administración de las sociedades, encomendando a la Comisión de Nombramientos que vigilara para que los procedimientos de acceso no tuvieran un sesgo que lo dificultara y para que se procurara la búsqueda activa de candidatos mujeres, con el perfil profesional adecuado, cuando se tratara de cubrir vacantes en el órgano colegiado. Tal vez era la primera formulación, tan consciente e intencionada, de un objetivo que luego se ha convertido en propuesta central en los sucesivos planteamientos de buen gobierno y de sostenibilidad.

Un paso más se produjo con la aprobación de un nuevo Código de Buen Gobierno para las sociedades cotizadas, en 2015. En él, además de mantener el equilibrio de género como principio, en cuanto a la composición de los consejos de administración de estas sociedades, se incorporaba por primera vez una precisa referencia a la responsabilidad social corporativa (Principio 24; Recomendaciones 54 y 55), en la que se mencionaban los criterios básicos para configurar una política efectiva de RSC (fijar objetivos, establecer una estrategia adecuada, especificar las prácticas concretas a desarrollar respecto de cada grupo de interés, disponer de métodos de seguimiento del cumplimiento y de los resultados, de mecanismos de supervisión del riesgo, de canales de comunicación, participación y diálogo con los interesados). Los grupos de interés, que se enumeraban expresamente (accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal, respeto de los derechos humanos y prevención de conductas ilegales), abarcaban un amplio espacio de actuación, muy similar ya entonces al que actualmente se propone en las más recientes iniciativas. Además, se recomendaba que las sociedades informaran, en un documento separado o en el informe de gestión que forma parte de las cuentas anuales, sobre los asuntos relacionados con la RSC, utilizando alguna de las metodologías internacionalmente aceptadas. Una simple consulta al sitio web de las principales compañías cotizadas pone de manifiesto que tal recomendación se ha ido implantando de forma bastante general, animadas sin duda por el esperado efecto reputacional favorable que puede derivar de tal divulgación, tanto en la inversión, como en la clientela.

Más recientemente, la nueva y última versión del Código de Buen Gobierno, revisado en 2020 y actualmente en vigor, ha dado a la cuestión una orientación más selectiva y más precisa. Las citadas recomendaciones en materia de RSC, manteniendo el contenido antes citado, han añadido una referencia explícita a la “sostenibilidad y aspectos

medioambientales y sociales". Se recomienda a las empresas que analicen cómo impacta su actividad en la sociedad, buscando la creación de un "valor compartido", en atención a los partícipes directos en la empresa y de la implicación en intereses generales. La mención que se hace en esa nueva redacción del principio 24 y la recomendación 55 de la comunicación transparente, basada en la necesidad de informar tanto sobre los aspectos financieros como sobre los no financieros, pone bien de manifiesto que, para entonces, estaba ya aprobada, e incorporada al derecho interno, la Directiva de información no financiera, de 2014, que constituye un paso decisivo en la evolución descrita, como luego se indicará.

Conviene finalmente observar que a estos antecedentes, generalmente incorporados a instrumentos jurídicos del llamado "derecho blando" (*soft law*), de naturaleza dispositiva y de cumplimiento voluntario, se fueron sumando a lo largo de este proceso de evolución algunos vestigios dispersos en textos legales, aunque ello no signifique que este carácter legal tuviera siempre naturaleza imperativa; más bien al contrario, con cierta frecuencia, la referencia a cuestiones de gobierno corporativo o de RSC en leyes y normas de distinto rango aparece con alcance dispositivo, o de aplicación supletoria.

Así, por ejemplo, la Ley de igualdad efectiva de género, de 22 de marzo de 2007, luego actualizada por otra Ley de 12 de julio de 2022, contenía también algunos principios referidos a la presencia equilibrada de género en las empresas, en los artículos 73, 74 y 75, pero su formulación ("[...] se procurará alcanzar un equilibrio en un plazo de 8 años [...]") carecía de naturaleza vinculante, seguramente a la espera de que prosperara la Directiva comunitaria en preparación que hubiera llevado a la armonización del modelo y que ha sido recientemente aprobada; o la llamada Ley de Economía Sostenible, de 4 de marzo de 2011, acogía reglas de impulso de la RSE, en su artículo 39, en clave voluntaria, y de sostenibilidad medioambiental, referidas a la política energética, en los artículos 77 y siguientes; o, en fin, algunas muestras más en la propia Ley de Sociedades de Capital, que en su artículo 529 bis menciona la diversidad de género y la presencia equilibrada como objetivos en los consejos de administración de las sociedades cotizadas, en su artículo 529 quindecies asigna a la comisión de nombramientos dentro del consejo la función de establecer objetivos de representación para el sexo menos representado, y en su artículo 540, luego desarrollado en detalle por el correspondiente formulario, regula el "informe anual de gobierno corporativo", de publicación anual obligatoria, en cuyo contenido mínimo (N.º 8) debe integrarse una descripción de la política de diversidad que

se sigue en el consejo de administración, o una explicación clara y motivada para el caso de que no se siga. Además, y con carácter general para las sociedades de capital que cumplan determinados requisitos de tamaño, el informe de gestión anual debe contener la información no financiera, exigida como consecuencia de la trasposición de la Directiva de 2014 a la que se hará referencia a continuación.

Particular alcance tiene, por su significado, la reciente incorporación, en una Disposición Adicional Décima de la Ley de creación y crecimiento de empresas, de 28 de septiembre de 2022, de la figura de las llamadas "sociedades de beneficio e interés común", también conocidas como "sociedades de propósito", definidas como "sociedades de capital que, voluntariamente, deciden recoger en sus estatutos su compromiso con la generación explícita de impacto positiva a nivel social y medioambiental a través de su actividad y su sometimiento a mayores niveles de transparencia y rendición de cuentas en el desempeño de los mencionados objetivos y la toma en consideración de los grupos de interés relevantes en sus decisiones". Falta, no obstante, el desarrollo reglamentario al que se remite la Disposición para establecer los criterios y metodología de validación de la figura empresarial, donde habrá de incluirse una verificación del desempeño con estándares de máxima exigencia; pero de momento, cabe reconocer que esta vía tan singular de incorporación a los propios estatutos de objetivos de sostenibilidad referidos a intereses generales sociales y medioambientales, está ya formalmente reconocida a través de una figura societaria propia, obviamente de constitución voluntaria, lo que supone un paso relevante en la evolución descrita.

2.3. La "información no financiera": la Directiva europea de 2014 y la Ley española de trasposición, de 2018

Un avance de especial significación, ya que constituye el antecedente más inmediato, más próximo y más directamente relacionado con las nuevas propuestas de sostenibilidad, es éste de la regulación de la presentación de "información no financiera", objeto primero de Directiva comunitaria y posterior armonización de los derechos nacionales. Por la importancia que tiene para el desarrollo posterior de la materia, conviene prestarle una especial atención.

En efecto, la *Directiva 2014/95 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de grandes empresas y grupos de empresas*, modificó la de 2013, referida a los estados financieros anuales, que ofrecen la información económico-patrimonial de la

empresa en la forma establecida por la normativa contable, para añadir esta nueva dimensión de la información a proporcionar anualmente, con el fin de aumentar la transparencia de la información social y medioambiental facilitada por las empresas de todos los sectores, armonizándola a un nivel alto similar en todos los Estados miembros, sin perjuicio de que estos exijan nuevas mejoras en la información no financiera.

La fórmula elegida para conseguir estos objetivos, como ya se indicó, consistía en modificar la Directiva de 26 de junio de 2013 sobre estados financieros anuales, estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, pues el objetivo era claro: junto a la información económica de la empresa (la información financiera y contable), debería ahora ofrecerse la información social (la información no financiera).

Para ello, la Directiva configuraba dos documentos para la información que se pretendía divulgar: el “estado no financiero” y el “estado no financiero consolidado”, cada uno de ellos con un ámbito de aplicación distinto.

El primero estaba pensado, con algunas posibles excepciones y especialidades, para grandes empresas que tuvieran la consideración de empresas de interés público, por superar determinados parámetros económicos, con un número medio de empleados superior a 500 durante el ejercicio. Éstas debían incluir la información no financiera requerida en el informe de gestión, que es uno de los documentos que integran las cuentas anuales, aunque en ciertos casos cabría ofrecerlo separadamente, con la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación de la empresa, así como el impacto de su actividad, relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, al personal, al respeto a los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno. Este estado no financiero contendría una breve descripción del modelo de negocio de la empresa, de las políticas aplicadas, de sus resultados, de los principales riesgos relacionados con la actividad de la empresa y de los indicadores clave de resultados no financieros, y, además del dictamen a emitir por el auditor de cuentas de la sociedad, podría ser verificado por un prestador independiente de servicios de verificación si los Estados miembros así lo disponen. Junto a esta información del estado no financiero, también debería proporcionarse una descripción de la política de diversidad aplicada en relación con los órganos de administración, dirección y supervisión de la empresa, en lo que se refiere a edad, género, formación y experiencia profesional, especificando los objetivos, la forma y los resultados de la aplicación, o explicando los motivos de la no aplicación.

El otro informe se exigiría a entidades de interés público que fueran empresa matriz de un gran grupo, con más de 500 empleados. Con mínimas variaciones, el contenido y la estructura del informe eran prácticamente idénticos al caso anterior, con la posibilidad de emitir un informe por cada Estado miembro o país en el que tuviera la empresa actividad.

La trasposición de la Directiva al derecho español, a fin de garantizar la armonización comunitaria que se pretendía, se produjo primero por una norma de urgencia, el Real Decreto-Ley de 24 de noviembre de 2017, luego convertido en *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, de 2 de julio de 2010, y la Ley de Auditoría de Cuentas, de 20 de julio de 2015, en materia de información no financiera y diversidad*. Conforme lo explica el Preámbulo que precede a la ley, se trataba de asegurar la divulgación normalizada y comparable de información no financiera, relacionada con la responsabilidad social corporativa, con el fin de medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad, todo ello enmarcado en una fase de transición hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad a largo plazo con la justicia social y la protección del medio ambiente.

La norma extiende su vigencia a las sociedades de capital (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones) de cierto tamaño y a los grupos de sociedades que deban presentar cuentas consolidadas, siempre que unas y otros cumplan determinados requisitos: un número de trabajadores superior a 500 durante el ejercicio económico al que se refiera el informe a presentar y, además, tener la consideración de entidad de interés público (característica atribuida en la legislación de auditoría a empresas de cierto tamaño) o, en caso de no tenerla, reunir a la fecha de cierre de dos ejercicios consecutivos al menos dos de los tres requisitos que se enumeran (total de las partidas del activo del balance superior a veinte millones de euros; importe neto de la cifra anual de negocios superior a cuarenta millones de euros; número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio superior a 250). La obligación de elaborar el estado de información no financiera cesará, en todo caso, si, durante dos ejercicios consecutivos, la sociedad o el grupo dejaran de reunir cualquiera de esos requisitos señalados. También se contemplan situaciones especiales para los dos primeros ejercicios cuando se funda de nuevo una sociedad o se constituye un grupo, y asimismo para el caso de sociedades dependientes de un grupo, que quedan dispensadas de la obligación si se incluye en el informe de gestión consolidado de otra empresa, que normalmente será la dominante del grupo.

La obligación de los sujetos afectados consiste en incluir, dentro del informe de gestión (en el consolidado si hay grupo, o en el propio de la sociedad), un estado de información no financiera, aunque también se entenderá cumplida la obligación si se emite un informe separado, indicando que la información contenida en él forma parte del informe de gestión y queda sometida a los mismos criterios de aprobación, depósito y publicación de éste. Además, en el caso de los grupos de sociedades, y se entiende que también en el de las sociedades cotizadas, obligadas a disponer de página web, el informe debe ponerse a disposición del público, de forma gratuita y con fácil acceso, en el sitio web, dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio y manteniendo la información durante cinco años.

El contenido de la información no financiera está detallado con suficiente precisión en el nuevo artículo 49 del Código de Comercio, al que luego se remite la Ley de Sociedades de Capital. Se trata de la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, o de la sociedad, y el impacto de su actividad, al menos, respecto a cuestiones medioambientales y sociales, a los derechos humanos, a la lucha contra la corrupción y el soborno, así como las relativas al personal y a las medidas que se hayan adoptado para favorecer el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, la no discriminación e inclusión de las personas con discapacidad y la accesibilidad universal.

Para ello deben incluirse referencias al modelo de negocio (su entorno empresarial, organización y estructura, mercados en los que opera, objetivos, estrategia y factores que pueden afectar a su evolución); a las políticas aplicadas (diligencia debida para identificar, evaluar y prevenir riesgos e impactos); a sus resultados (con indicadores que permitan la comparabilidad, de acuerdo con marcos nacionales, europeos e internacionales de referencia); a los riesgos (su gestión y procedimientos empleados para detectarlos y evaluarlos); y, finalmente, a los indicadores clave de los resultados no financieros, siguiendo estándares europeos e internacionales y cumpliendo criterios de comparabilidad, materialidad, relevancia y fiabilidad.

Para cada uno de esos apartados, la nueva normativa concreta también los aspectos que deben ser objeto de información significativa: así, las cuestiones medioambientales (contaminación, economía circular y prevención y gestión de residuos, uso sostenible de los recursos, cambio climático y protección de la biodiversidad); las cuestiones sociales y de personal (empleo, organización del trabajo, salud y seguridad, relaciones sociales, formación, accesibilidad de

personas con discapacidad e igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres); el respeto a los derechos humanos (diligencia debida, denuncias por violación, eliminación del trabajo forzoso y abolición del trabajo infantil); la lucha contra la corrupción y el soborno (blanqueo de capitales, aportación a fundaciones y entidades sin ánimo de lucro); la sociedad (compromiso con el desarrollo sostenible, subcontratación y proveedores, consumidores, información fiscal). La enumeración de estas cuestiones que debe incluir la información no financiera, basándose en marcos nacionales, de la Unión Europea o internacionales, no es, en todo caso, cerrada ni exhaustiva, pues una cláusula abierta (“cualquier otra información que sea significativa”) la complementa. En el caso de que el grupo de sociedades no aplicara ninguna política en alguna de las cuestiones previstas, y siguiendo la extendida regla del “cumple o explica” en materia de recomendaciones de buen gobierno corporativo, debe proporcionarse en el estado de información financiera consolidado una explicación clara y motivada al respecto.

Tres reglas especiales se añaden en el texto legal a este régimen de la información no financiera: en primer lugar, es obligado presentar el informe como punto separado del orden del día para su aprobación en la junta general de accionistas de las sociedades, lo que puede complicar en algún caso esa aprobación si un volumen importante de accionistas considera que la cantidad de recursos destinados a las políticas de RSE son excesivas en la medida en que disminuyen la parte del beneficio a repartir entre ellos como dividendo en el ejercicio; en segundo lugar, el Gobierno puede establecer por vía reglamentaria indicadores clave para cada materia del estado de información no financiera, lo que sin duda tendría un efecto positivo de medición, normalización y comparabilidad; en tercer lugar, la información proporcionada deberá ser verificada por un prestador independiente de servicios de verificación, cuestión ésta de especial interés para la fiabilidad del informe, ya que el auditor de cuentas de la sociedad, de acuerdo con la reforma introducida en su Ley reguladora (Ley de Auditoría de Cuentas, de 2015), se limita a constatar que la información no financiera está incluida en el informe de gestión o se ha presentado en un informe separado, pero sin valorar su contenido ni pronunciarse, como lo hace respecto de las cuentas anuales, sobre si la información ofrecida responde a la imagen fiel de la realidad de las políticas de RSE que haya practicado el grupo o la sociedad en concreto.

Las reglas hasta aquí descritas de forma resumida están detalladas en el Código de Comercio, a propósito del régimen de las cuentas consolidadas de los grupos de sociedades; pero, luego, la Ley de Sociedades de Capital las extiende a su

ámbito de aplicación con el mismo contenido. También añade algunas previsiones especiales para las sociedades cotizadas de notable interés: así, el Consejo de Administración deberá velar porque en los procedimientos de selección de sus miembros se favorezca la diversidad, sea de edad, género, discapacidad, formación, experiencia profesional, evitando sesgos que puedan generar discriminación y facilitando especialmente la selección de consejeras hasta alcanzar un número equilibrado en la presencia de hombres y mujeres; además, la supervisión del proceso de elaboración de la información financiera y del informe de gestión donde se incluye la información no financiera, se incluye ahora en el listado de facultades que el Consejo de Administración no puede delegar en otro órgano y debe ejercer en el nivel de pleno; finalmente, el Informe anual de gobierno corporativo deberá incluir, a partir de ahora, una descripción de la política de diversidad aplicada en relación con el Consejo de Administración de la sociedad respecto de las cuestiones citadas (edad, género, discapacidad, formación y experiencia), indicando objetivos, formas y procedimientos de aplicación, de todo lo cual deberá facilitarse información a los accionistas con ocasión de la elección o renovación de administradores. Las sociedades que no apliquen políticas de este tipo deberán ofrecer una explicación clara y motivada, pero en el caso de las entidades pequeñas y medianas la única información que deben proporcionar es la relativa a medidas adoptadas en materia de género.

3. La Directiva de 14 de diciembre de 2022, en materia de presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas

3.1. Los objetivos de la directiva

El planteamiento que se venía materializando en esos antecedentes indicados ha terminado por decantarse en torno a esta nueva forma de expresar los compromisos y las obligaciones que las empresas asumen en relación con el conjunto de intereses de alcance general a los que se aplica el objetivo de la sostenibilidad. Se trata ahora de que las empresas proporcionen una especial información, tasada, estandarizada y verificada, sobre su grado de alineamiento con esos intereses, en la confianza de que la obligación de informar debidamente contribuirá a la mejora real y efectiva del nivel de compromiso asumido, lo mismo que el déficit de información pondrá de manifiesto una falta de compromiso con la sostenibilidad, con las consecuencias, en uno y otro caso, favorables o desfavorables, para la imagen reputacional de la empresa.

La Directiva, cuya propuesta, tras la revisión de otros anteproyectos previos, fue formalmente

publicada por la Comisión Europea el 21 de abril de 2021, fue aprobada en el Parlamento Europeo, por Resolución legislativa del 10 de noviembre de 2022, y ha sido finalmente publicada en el DOUE de 16 de diciembre de 2022, bajo el título de “Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifica el Reglamento (UE) 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”. La Directiva, pues, está ya en vigor, con un sistema de trasposición progresiva de sus artículos por tramos anuales (1 de enero de 2024, de 2025, de 2026 y de 2028), teniendo en cuenta los tipos de empresa y de emisores, principalmente por razón del tamaño.

Su objetivo principal no es muy distinto del que ya se había planteado en la de “información no financiera”, antes citada como antecedente más cualificado: exigir a las empresas la elaboración de un informe, ahora llamado de sostenibilidad corporativa, sobre sus compromisos y actuaciones en las “materias sensibles” objeto de interés general; pero se trataba de que el informe, incorporado al informe de gestión que acompaña las cuentas anuales, fuera cumplimentado por más empresas, tuviera un contenido más completo y más formal, y fuera objeto de una verificación más rigurosa. Se alega en la amplia Exposición de Motivos (84 considerando integran el preámbulo de la Directiva) que la demanda de inversores y otros interesados era creciente y exigente, y requería una respuesta armonizada de amplio alcance; baste señalar que, si la información no financiera venía exigida a unas 11.000 empresas que, en el conjunto de la Unión Europea, superaban los umbrales cuantitativos para quedar sujetos de la obligación, el informe de sostenibilidad corporativa alcanzaría a unas 50.000 empresas, según cálculos de la propia Comisión. El propio concepto de información no financiera se considera restrictivo si de él se deduce que los aspectos que la integran no tienen alcance económico-financiero, sino solo ético o social, cuando lo cierto es que los compromisos de sostenibilidad son evidentemente evaluables como objeto de inversión con el oportuno coste. En la medida en que este planteamiento se ha ido imponiendo con carácter general (“sistema económico sostenible”, “crecimiento o desarrollo sostenible”, etc.), sin duda por la especial presión de las urgencias medioambientales, era evidente que también la contribución esperable de las empresas a los objetivos marcados como prioritarios se pusiera en relación con la sostenibilidad.

La lectura de los Considerandos citados es ciertamente ilustrativa sobre el contexto en que ha surgido la nueva Directiva, siendo así que la precedente sobre “información no financiera” era

todavía bien reciente y estaba en la fase inicial de implantación en los derechos nacionales. Se alude al respecto a un “rápido crecimiento del mercado de la información sobre sostenibilidad”, en el que concurren los proveedores de datos, principalmente las propias empresas, y los inversores y gestores de activos que requieren de esa información para la planificación de su propia actividad y la neutralización de los riesgos crecientes a que está sometida. También los ciudadanos en general, los consumidores, los ahorradores, los trabajadores, las ONGs, las agencias medioambientales, los responsables políticos y representantes públicos, etc., son beneficiarios de una mejora de la información, habida cuenta de los intereses generales afectados.

Vista la amplitud de los objetivos y la pluralidad de aspectos afectados, que se percibe bien en la variedad de contenidos que luego se especifican, la forma de instrumentar el objetivo de información reviste, por todo ello, cierta complejidad: se modifican tres Directivas anteriores (la de 2013, sobre estados financieros, o cuentas anuales, a fin de incorporar el nuevo informe de sostenibilidad al informe de gestión que forma parte de ellas; la de 2004, sobre requisitos de transparencia de la información sobre emisores de valores cotizados, a fin de extender esos requisitos a los sujetos obligados a presentar el nuevo informe, y la de 2006 sobre auditoría legal de las cuentas anuales, a fin de someter al nuevo informe al régimen de verificación externa y por profesional cualificado que se aplica a dichas cuentas), además de un Reglamento, de 2014, sobre los requisitos para el ejercicio de la función de auditoría. Conviene, pues, ofrecer una síntesis de la compleja estructura de la Directiva, destacando los principales aspectos de su contenido, con especial atención a los que considera “grupos de factores de sostenibilidad” en que se agrupa la información a proporcionar.

3.2. El contenido de la directiva: ámbito de aplicación; información exigida; la auditoría; la transparencia

La primera cuestión por destacar es, sin duda, la del **ámbito de aplicación** de la obligación de presentar el informe de sostenibilidad, ya que la ampliación de ese ámbito, como antes se indicó, era una de las finalidades pretendidas. El nuevo artículo 19 bis, que se incorpora a la modificada Directiva de 2013, es bien expresivo: las grandes empresas y las pequeñas y medianas empresas, que tengan la consideración de entidades de interés público por emitir valores admitidos a cotización, a excepción de las microempresas (empresas individuales, autónomas, profesionales, etc.); pero, además, en el artículo 1 de la Directiva modificada se añaden también las empresas de seguros y las entidades de crédito, anteriormente sujetas a régimen especial.

A partir de ahí, se aborda el alcance de la *información exigida*, con la reiterada intención de especificar con más detalle la información que las empresas deben presentar y la forma en que deben hacerlo. A tal efecto, el listado de definiciones con que habitualmente se inicia el articulado de las Directivas europeas no incluye en este caso un concepto propio de sostenibilidad; se limita en el artículo 2, puntos 17 y 18, a remitir a un Reglamento previo (el de 27 de noviembre de 2019, sobre divulgación de información relativa a la sostenibilidad, donde hay una definición suficiente de “factores de sostenibilidad”: “toda información relacionada con cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, y con el respeto de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y el soborno”) y al fundamental artículo 19 del nuevo texto.

Es, en efecto, en este amplio precepto (artículo 19 bis a quinquies) donde se desarrolla la información a presentar a través de un amplio listado, que abarca lo siguiente: una descripción del modelo de negocio y de la estrategia de la empresa, que indique los riesgos, las oportunidades, los planes, etc., relacionados con la sostenibilidad; los objetivos de sostenibilidad con horizonte temporal, especialmente en materia medioambiental; la función de los órganos directivos y los posibles incentivos que se les ofrezcan, ligados a cuestiones de sostenibilidad; las políticas de empresa, el procedimiento de diligencia debida aplicado, los riesgos y los efectos negativos que puedan derivar de la actividad de la empresa, las medidas adoptadas para prevenirlos o evitarlos; y todo ello acompañado de indicadores pertinentes para toda la información requerida, que, en todo caso, puede ser adaptada y limitada en algunos aspectos para pequeñas y medianas empresas, si cumplen ciertas condiciones, como también se permite que una empresa filial quede exenta de presentar la información si está incluida en el informe de gestión consolidado de su sociedad matriz, que, a su vez, podría ser filial de otra matriz superior obligada a la consolidación, ya que también la Directiva especifica en su artículo 29 bis el contenido del informe consolidado de sostenibilidad cuando se trate de grupos de empresas, contemplando los diversos supuestos. Incluso también se exige la presentación de información de sostenibilidad por filiales o sucursales establecidas en el territorio de la Unión Europea, cuya matriz o empresa principal esté radicada en un tercer país.

La forma en que debe presentarse la información está ordenada en tres bloques, que se corresponden con los tres grupos de factores de sostenibilidad. El primero corresponde a los factores medioambientales en que incide la empresa (mitigación y adaptación al cambio climático; agua y recursos marinos; uso de recursos

y economía circular; contaminación; biodiversidad y ecosistemas); el segundo, a los factores sociales (igualdad de trato, especialmente igualdad de género; condiciones laborales; respeto a los derechos humanos y a los principios democráticos); el tercero, a los factores de gobernanza (función de los órganos; sistemas de control interno de riesgos; ética y cultura empresarial; lucha contra la corrupción y el soborno; ejercicio de influencia política; relaciones con clientes, proveedores y comunidades afectadas por la actividad de la empresa). Se trata, en efecto, de una amplia y detallada enumeración de los factores de sostenibilidad más generalmente admitidos como integrantes de interés general y potencialmente afectados por riesgos de vulnerabilidad.

Finalmente, el resto de la Directiva se refiere a cuestiones relacionadas con las características técnicas del informe de sostenibilidad y con su verificación. A lo largo de la Exposición de Motivos, la Directiva da buena cuenta de la naturaleza del informe con un listado de calificativos bien revelador: un informe ágil, de coste reducido, localizable, evaluable, comparable, fiable, comprensible, estandarizado, claro, cierto y digitalizado, razón ésta por la que se propone un “formato electrónico único”, conforme al modelo que ya venía establecido en un Reglamento de 2019 para la presentación de información por esta vía, que permita la fácil accesibilidad y la presentación armonizada del contenido de la información que se exige. Así se permitirá también evaluar la equivalencia de las normas de presentación utilizadas por empresas de terceros países, a efectos de convalidar sus informes dentro de la Unión.

Estos caracteres explican igualmente la importancia que se concede a la verificación, una variante de la *auditoría* que puede ser realizada por un auditor legal, o una sociedad de auditoría, distintos de los que realicen la auditoría de las cuentas anuales, y también por un prestador independiente de servicios de verificación que reúna requisitos equivalentes a los de un auditor profesional para emitir el correspondiente dictamen. Las modificaciones, muy detalladas, que se proponen en la Directiva de 2006, sobre auditoría de las cuentas anuales y consolidadas, están dirigidas a asegurar que quienes vayan a ejercer la actividad profesional de control externo de la contabilidad empresarial, estén igualmente habilitados para realizar la verificación de la información de sostenibilidad, para lo que la formación a acreditar, el examen de competencia profesional a superar, o la experiencia a alegar, tengan en cuenta ese componente.

Con el mismo nivel de detalle se armoniza todo lo relativo al ejercicio de la actividad de verificación y al procedimiento para realizarla, tanto respecto de

la información ordinaria, como de la información consolidada de sostenibilidad, en aspectos tan concretos como el registro de profesionales y entidades habilitadas, la convalidación de habilitaciones obtenidas en el pasado o en países terceros, la designación y cese, así como el sistema de incompatibilidades y prohibiciones que aseguren la independencia del verificador, el control de calidad de la actividad de verificación, y los deberes, responsabilidades, infracciones y sanciones en que se puede incurrir por mal ejercicio de la verificación.

Menor entidad tiene las reformas introducidas en la Directiva de 2004 sobre requisitos de *transparencia* relativos a la información, tanto periódica como continua, sobre emisores cuyos valores se admiten a cotización en un mercado regulado. Simplemente se trata de aplicar a la información sobre sostenibilidad determinadas reglas y criterios de transparencia que estaban previstos en ella.

Finalmente, conviene indicar que, si bien la propuesta de Directiva contemplaba fechas de trasposición por los Estados miembros y de entrada en vigor, que obviamente quedaron desactualizadas (1 de diciembre de 2022 y 1 de enero de 2023, respectivamente), el texto definitivo, tras la aprobación de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, ha incorporado en el artículo 5, como ya se indicó, un plazo más flexible de trasposición (18 meses tras la publicación definitiva y entrada en vigor de la Directiva, hasta el 6 de julio de 2024) y un calendario progresivo de aplicación anual (a partir de 2024, y así sucesivamente por años naturales, hasta 2028) para los distintos tipos de empresas que resultarán obligados a presentar información de sostenibilidad en el informe de gestión de cada año, lo que puede proporcionar un margen razonable de preparación para el cumplimiento de la nueva obligación.

4. Otras iniciativas relacionadas: directivas de diligencia debida y de equilibrio de género

Aunque se trate de dos iniciativas formalmente distintas, la relación material de estas dos Directivas con la anterior aconseja dedicarles una referencia complementaria, a fin de disponer de una perspectiva más amplia y actualizada sobre los objetivos de sostenibilidad.

La primera, aún no aprobada con carácter definitivo, es la “Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad”, hecha pública por la Comisión Europea el 23 de febrero de 2022, tras haber considerado varios textos previos, no exentos de debate y de polémica, a la vista de las estrictas exigencias que contenían; su proceso de aprobación, más atrasado que el de la Directiva anterior sobre el informe de sostenibilidad, está ahora en su recta final, una vez que el Consejo

Europeo de 30 de noviembre de 2022 adoptó posición común.

La diferencia entre una y otra Directiva, aunque tienen finalidades coincidentes o complementarias, es evidente: aquélla trata de asegurar la presentación armonizada de una información completa y evaluada sobre los compromisos asumidos por las empresas en relación con los tres ámbitos de factores de sostenibilidad (medioambientales, sociales, de gobernanza); ésta, con carácter más imperativo, trata de hacer efectivos compromisos de identificación, prevención y solución de los que considera “impactos adversos” de la actividad de las empresas en dos ámbitos más precisos, como son el medio ambiente y los derechos humanos, cuestión en la que existía algún precedente en Reglamentos, de 2010 y 2017, que establecían ya algunas obligaciones de diligencia debida para empresas que comercializan madera o que importan a la Unión Europea ciertos minerales originarios de zonas de conflicto o alto riesgo.

Esta Directiva, en efecto, no reforma ninguna otra, sino que establece directamente obligaciones a las empresas, impone deberes a sus directores y exige responsabilidades por su incumplimiento. Ahora bien, habida cuenta del debate que suscitó tal nivel de exigencia, el texto final acordado por el Consejo lo ha reducido sensiblemente, suprimiendo los artículos más polémicos (el 24 sobre control del acceso a ayudas públicas, el 25 sobre deber de diligencia de los administradores, y el 26 sobre puesta en marcha y supervisión de las medidas de diligencia debida) y adecuando el artículo 22, que contenía reglas estrictas de responsabilidad civil de las empresas por daños y perjuicios.

De especial interés son las definiciones tanto del objeto o finalidad, como del ámbito de aplicación que se pretende, en los artículos 1, y 2. La finalidad es establecer normas sobre las obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos, reales o potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente, tanto de sus propias actividades, como de las de sus filiales y de las de su cadena de valor con empresas con las que mantenga relación comercial, así como sobre la responsabilidad que deriva del incumplimiento de esas normas. El ámbito de aplicación combina el tamaño y el sector de actividad, pues se aplicará a empresas constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro, con más de 500 trabajadores y un volumen de negocio mundial superior a 150 millones de euros; pero si el número de trabajadores es de más de 250 y el volumen de negocio supera los 40 millones, también queda sujeta si al menos el 50 % de ese volumen de negocio lo obtiene en uno o varios de los sectores de actividad que se consideran sensibles (la fabricación textil y actividades relacionadas; la agricultura, pesca,

fabricación de productos alimenticios, etc.; la extracción de recursos minerales y actividades conexas, ampliamente relacionadas en el artículo 2).

El núcleo fundamental de la Directiva, expuesto en el artículo 4, es el mandato a los Estados miembros de velar por que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente, mediante seis acciones concretas en las que se despliega esa obligación:

- las empresas obligadas deben integrar la diligencia debida en sus políticas, con códigos de conducta y procedimientos de aplicación, cumplimiento y extensión a sus relaciones comerciales; deben adoptar medidas para detectar los efectos adversos, reales o potenciales, de su actividad sobre los derechos humanos y el medio ambiente;
- deben prevenir los efectos adversos potenciales, adoptando medidas para evitar o, al menos, mitigar esos efectos, dentro de un plan de acción con plazos e indicadores, con inversiones y garantías, llegando a renunciar a establecer, o a ampliar, las relaciones comerciales con socios en las que hayan surgido los efectos adversos, o suspendiéndolas o poniéndolas fin si ya estaban establecidas, opción que los Estados miembros deben incorporar en su legislación contractual;
- deben eliminar, o, al menos, minimizar, los efectos adversos reales ya producidos, adoptando alguna de las medidas concretas que se especifican en el artículo 8 (entre ellas, indemnización de daños y perjuicios a los afectados por la medida, aplicación de planes de acción correctivos, exigencia de garantías o de inversiones, etc.);
- deben ofrecer a personas y organizaciones (sindicatos, asociaciones, colectivos, etc.) la posibilidad de presentar denuncias y disponer de un procedimiento para tramitarlas;
- deben realizar evaluaciones periódicas de sus operaciones y medidas para valorar la eficacia con que desarrollan los deberes anteriores;
- y, finalmente, deben comunicar información sobre los aspectos regulados en la Directiva, publicando en su sitio web una declaración anual, antes del 30 de abril de cada año.

En el texto, además, se despliega un conjunto de variadas reglas dirigidas a promover, garantizar y supervisar el cumplimiento de los objetivos por parte de los poderes públicos: unas afectan a la propia Comisión (debe adoptar orientaciones sobre cláusulas contractuales tipo voluntarias relativas a la prevención y eliminación de efectos adversos, potenciales o reales; emitir directrices para sectores

o para efectos adversos específicos, y crear una Red Europea de Autoridades de Control); otras afectan a los Estados miembros (así, velar por que las empresas dispongan de planes de lucha contra el cambio climático, designar a la respectiva "autoridad de control", con competencias y recursos adecuados; crear y gestionar sitios web especializados en materia de diligencia debida; facilitar que toda persona física o jurídica pueda ejercer el derecho a exponer sus inquietudes fundadas respecto al incumplimiento de las obligaciones impuestas a las empresas; y, en fin, establecer un sistema de sanciones al incumplimiento, que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias).

Otras reglas, en fin, afectan más directamente a las empresas: las empresas deben designar un "representante autorizado" al que puedan dirigirse las autoridades de control, quedando obligado a colaborar con ellas; a las empresas se podrá imputar directamente, en los términos del artículo 22, rebajado en su contenido sancionador, la responsabilidad por daños y perjuicios, derivados del incumplimiento, deliberado o negligente, de sus obligaciones de prevenir o eliminar los riesgos, aunque cabe la posibilidad de que la responsabilidad sea moderada en ciertos casos de intervención en el daño de un socio indirecto.

A los administradores, como sujetos especialmente obligados por el deber de diligencia, les dedicaba el texto inicial de la propuesta de Directivas reglas propias, en los artículos 25 y 26, sobre su deber de diligencia y su responsabilidad por la puesta en marcha de las medidas de diligencia debida. Pero esos preceptos, motivo de intenso debate, han desaparecido del texto acordado por el Consejo Europeo, lo que supondrá que tal exigencia de deberes y responsabilidades habrá de apoyarse en el régimen general establecido tanto en la legislación societaria, como en otros ámbitos de la legislación administrativa, lo que permitirá que la sociedad repercuta en ellos, a través de la acción social de responsabilidad, los daños que haya debido indemnizar a terceros como consecuencia del incumplimiento por sus administradores de los deberes de diligencia debida.

Finalmente, la Propuesta de Directiva, que viene acompañada de un Anexo donde se enumeran los supuestos de violaciones de derechos y prohibiciones incluidas en los acuerdos internacionales de derechos humanos y de violaciones de los objetivos y las prohibiciones reconocidas internacionalmente en convenios medioambientales, tendrá un plazo razonable de trasposición a los derechos nacionales (dos años desde que la Directiva se publique, y entre en vigor a los veinte días), así como plazos sucesivos de aplicación a los distintos supuestos de empresas afectadas, según el artículo 2, y habrá de ser evaluada en su aplicación y eficacia, y, en su

caso, revisada una vez que transcurran siete años desde la entrada en vigor.

La otra iniciativa que puede considerarse complementaria respecto de los objetivos de sostenibilidad es la ya aprobada, como *Directiva 2022/2381, de 23 de noviembre, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y medidas conexas*, publicada en el DOUE de 7 de diciembre de 2022.

La cuestión del equilibrio de género en las empresas, y muy especialmente en los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas, ha sido tradicionalmente uno de los aspectos principales del planteamiento de sostenibilidad, ya que se trata de una manifestación del principio de igualdad, afectado de limitaciones e insuficiencias evidentes (en 2022, la presencia de mujeres en consejos de administración alcanzaba el 31,5 % en media europea, pero solo el 8 % de los presidentes de los consejos eran mujeres). A la vez, se trata de un asunto con entidad propia, que ha tenido un tratamiento y una evolución particular en el ámbito de la Unión Europea como cuestión relacionada desde el principio con el "buen gobierno corporativo", tanto en los códigos de buen gobierno, como en normas legales de distinto alcance.

Como bien se recordará, una Propuesta de Directiva de 2012, fijaba como objetivo alcanzar, antes del 1 de enero de 2020, un 40 % de representación, en favor del género menos representado, en los puestos de administrador no ejecutivo en los consejos de las sociedades cotizadas. Tal iniciativa no tuvo entonces el suficiente apoyo, por exceso o por defecto, se convirtió en un objetivo polémico y, finalmente, quedó suspendida sin plazo su tramitación, por lo que nunca resultó aprobada. En tal situación, se sucedieron pronunciamientos de las diversas instituciones comunitarias, que se acumularon a otros anteriores insistiendo en la importancia de abordar el tema, a la vez que los distintos Estados miembros fueron abordando el asunto en sus respectivos ordenamientos, sin una pauta común que hubiera permitido armonizarlos en esta materia. De manera que se fueron contraponiendo modelos diversos, unos con objetivos más vinculantes establecidos por ley, al estilo de lo que había sido la experiencia legislativa noruega (así, Francia, entre otros), otros con impulso legal, pero no imperativo (así, con sus matices respectivos, en Alemania, Italia o España), otros, en fin, manteniendo el nivel inicial de recomendaciones de buen gobierno, de seguimiento voluntario y con la carga del "cumple o explica" (así, con su peculiaridad, en el Reino Unido). El motivo central del debate, y de la diversidad, siempre fue la admisión, o no, de la posibilidad de imponer una composición equilibrada en los órganos colegiados de administración de empresas cotizadas, que, en su condición de empresas del

sector privado, está regidas a estos efectos por principios de autonomía y de disponibilidad estatutaria.

En esta situación de disparidad y diversidad, que tenía difícil explicación en un ámbito jurídicamente tan integrado como el de la Unión Europea, recientemente las instituciones comunitarias retomaron la iniciativa y el 14 de marzo de 2022 el Consejo y el Parlamento Europeos anunciaron un acuerdo para mejorar la paridad de género en los consejos de las empresas cotizadas, lo que permitió que, respectivamente, el 17 de octubre de 2022, el Consejo, y el 23 de noviembre de 2022, el Parlamento, aprobaran la Directiva relativa a un “mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y otras medidas conexas”, recientemente publicada, como ya se indicó.

Señala el artículo 1 de la Directiva que su objetivo directo es “lograr una representación más equilibrada de mujeres y hombres entre los administradores de las sociedades cotizadas”, a través de medidas eficaces que aceleren el proceso hacia el equilibrio de género dentro de un plazo suficiente para que las sociedades afectadas adopten las decisiones necesarias. Con ese fin se configura un sistema con el doble carácter de ser vinculante, generando obligaciones exigibles para las sociedades, y de mínimos, lo que supone que no requiere aplicación en Estados miembros que ya dispongan de un sistema de representación que alcance los objetivos ahora armonizados. En todo caso, el ámbito de aplicación alcanza exclusivamente a las sociedades cotizadas, tanto si su modelo organizativo es el llamado dualista (con órganos de dirección y de vigilancia diferenciados), como si es el modelo monista (con un órgano de administración único, en el que conviven consejeros ejecutivos y consejeros no gestores o supervisores), quedando expresamente excluidas las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (con menos de 250 trabajadores, volumen de negocio inferior a 50 millones de euros y balance anual no superior a 43 millones), y siendo competente el Estado miembro donde la sociedad cotizada tenga su domicilio.

El objetivo por alcanzar está definido en el artículo 5: los Estados miembros deben garantizar que, en las sociedades cotizadas y antes del 30 de junio de 2026, los miembros del sexo menos representado ocupen como mínimo el 40 % de los puestos de administrador no ejecutivo, o, alternativamente, el 33 %, como mínimo, del total de puestos de administrador, tanto ejecutivo como no ejecutivo, lo que obviamente no impide adoptar o mantener disposiciones más favorables en cualquier Estado miembro. Se añade, además, que las sociedades que opten por la primera opción, concentrando

la representación del 40 % exclusivamente en puestos de administrador no ejecutivo, deben fijar en cada caso objetivos cuantitativos individuales para mejorar el equilibrio representativo en los puestos de administrador ejecutivo, sin que se exija un determinado porcentaje añadido. Y, en todo caso, para realizar el cálculo de puestos, se tomará el número más próximo a la proporción del 40 %, o del 33 %, pero no superior a la del 49 %, a cuyo efecto la Directiva incluye un Anexo con una tabla de proporciones para órganos de administración de entre 1 y 30 miembros.

Para la consecución del objetivo establecido se combinan reglas de distinto efecto: ante todo, las sociedades deben ajustar los procesos de selección de candidatos al nombramiento o a la elección de puestos de administrador, de manera que se de preferencia al candidato del sexo menos representado, cuando haya que escoger entre aspirantes igualmente capacitados por su aptitud, competencia, o prestaciones profesionales, salvo en casos excepcionales en que se persiga otra política de diversidad (por ejemplo, en favor de personas con algún grado de discapacidad). Para un mayor control, las sociedades están obligadas a informar de los criterios en que se basó la selección, la apreciación comparativa objetiva entre candidatos y las consideraciones particulares que, en su caso, inclinaron la balanza a favor del candidato que no era del sexo menos representado, y a demostrar que no hubo infracción de la regla de preferencia si un candidato no seleccionado alega indicios suficientes en contrario. Incluso cuando la selección se haga mediante votación de accionistas o de trabajadores debe proporcionarse información sobre las medidas previstas en la Directiva, como también las sociedades deben proporcionar información anual a las autoridades competentes sobre la representación de género en sus consejos de administración, indicando, en su caso, los motivos por los que aún no alcanzaron los objetivos y las medidas a adoptar para alcanzarlos. Teniendo en cuenta que los Estados deben designar organismos responsables de la promoción, análisis, seguimiento y apoyo del equilibrio de género, parece lógico que éstos sean los destinatarios de la información requerida.

Finalmente, el otro instrumento para impulsar el cumplimiento de los objetivos es el régimen de sanciones que los Estados miembros deben establecer para el caso de infracciones de las normas que se adopten. Tales sanciones, que la Directiva califica como “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, pueden consistir en multas, pero también cabe una sanción jurídica especialmente relevante como es la posibilidad de que un juez anule una decisión de selección de administradores contraria a las disposiciones nacionales que se dictan para alcanzar los objetivos, siempre que los

actos u omisiones constitutivos de infracción sean imputables a la sociedad.

La trasposición de la Directiva a los derechos nacionales habrá de producirse dentro de los dos años siguientes a su entrada en vigor (hasta el 28 de diciembre de 2024), pero el artículo 12 permite a un Estado miembro suspender, con un límite temporal que habrá de establecerse, la aplicación de las medidas para alcanzar los objetivos, previstas en el artículo 6, siempre que la presencia del sexo menos representado alcance ya, como mínimo, el 30 % de los administradores no ejecutivos, o el 25 % del total, o siempre que su legislación ya lo exija, con medidas efectivas para el caso de incumplimiento y con obligación de fijar objetivos cuantitativos individuales para todos los puestos de administrador. Como es habitual, la Comisión recibirá, cada dos años, información de los Estados miembros sobre la aplicación de la Directiva, y la revisará antes del 31 de diciembre de 2030, para evaluar si se han cumplido los objetivos y si es necesario prorrogar la vigencia o modificarla.

5. Valoración final

La evolución que se ha expuesto, y muy especialmente las más recientes Directivas, ya aprobadas o en fase de aprobación, apuntan a una transformación significativa de la función y de los contenidos de la ordenación jurídica de las empresas, con particular afectación del derecho de sociedades. Esta disciplina se configuró, a lo largo de su desarrollo histórico, como un derecho de organización jurídica de una actividad económica de empresa. Se trataba de un instrumento del ámbito jurídico-privado pensado para dar forma, utilizando tipos preestablecidos, a iniciativas empresariales colectivas, en las que, debido a la pluralidad de intereses concurrentes, tanto de socios como de terceros, era necesario y oportuno disponer de un régimen que aportara seguridad en cuanto a los derechos y garantías de unos y otros. En tal sentido, la evolución de la tipología societaria muestra bien la sucesión de formas organizativas, desde las incipientes sociedades de personas hasta las más complejas sociedades de capital cotizadas en los mercados de valores, a medida que el desarrollo de la economía y de las iniciativas empresariales fueron necesitando instrumentos más adecuados para la captación de capitales; todo ello sin perjuicio del abundante desarrollo sectorial de tipos especializados y de figuras afines que fueron adquiriendo a lo largo del tiempo un nivel considerable de diferenciación y hasta de autonomía institucional.

El derecho de sociedades aportó esa dimensión técnica consistente en asegurar un equilibrio razonable entre los intereses implicados y convertirlo en norma jurídica, más dispositiva en

las relaciones entre socios y de éstos con la propia sociedad, más imperativa en las relaciones con terceros, inversores, acreedores, etc., distinguiendo así el ámbito interno de los derechos y obligaciones de los socios y la toma de decisiones de gestión, y el ámbito externo de la representación de la sociedad y la responsabilidad patrimonial. En esta dimensión principalmente jurídico-privada, el ánimo de lucro, directo o indirecto, el interés social en sus diversas concepciones, la posición y competencia de los órganos, tanto el asambleario como el de administración, y las relaciones entre ellos, la adopción de acuerdos corporativos, la protección del capital, etc., eran piezas, con identidad propia pero relacionadas entre sí, que formaban parte del revestimiento formal que ordenaba la organización y el funcionamiento de la sociedad y, hasta donde era posible, prevenía y evitaba los conflictos internos, en la medida en que aportaba previsibilidad y soluciones anticipadas, que, además de derivar del régimen legal, podían también preverse en los estatutos de cada sociedad.

Esta dimensión histórica del derecho societario empezó a experimentar impactos significativos cuando los planteamientos del “buen gobierno corporativo” tomaron forma a principios de este siglo. Se trataba de corregir algunos excesos en la organización y el funcionamiento de las sociedades, relacionados con la fuerte concentración de poder de decisión en los ejecutivos de la compañía y la falta de control efectivo de su desempeño. Las recomendaciones de buen gobierno, agrupadas en códigos de seguimiento voluntario, miraban, pues, hacia el interior de la organización societaria con esos objetivos de reequilibrio corporativo y de reestructuración del poder orgánico, distinguiendo la gestión y la supervisión, aumentando el ámbito competencial de la asamblea de socios y las facultades indelegables de los órganos colegiados para ejercerlas en su nivel plenario. También, poco a poco, fueron penetrando en los compendios de recomendaciones algunas referencias a intereses generales y demandas sociales que las sociedades cotizadas deberían contemplar, o explicar por qué no lo hacían, en la confianza de que el mercado, los inversores y los clientes, reconocerían y premiarían tales compromisos voluntariamente asumidos. Así fueron integrándose en los Códigos de Buen Gobierno los objetivos de igualdad y equilibrio de género en la composición de los órganos sociales, o la contribución a la promoción y protección de intereses generales, especialmente los medioambientales, a través de políticas de responsabilidad social corporativa o de la empresa.

La tendencia actual va más allá. Ahora se trata de introducir en el ámbito societario nuevas obligaciones, sea de proporcionar información exhaustiva sobre la contribución de la empresa a los intereses generales más sensibles, con más riesgo

de vulnerabilidad y más necesitados de protección o restauración, sea de asumir y cumplir estándares de diligencia debida en materia medioambiental y de derechos humanos, sea de acomodar los órganos societarios a objetivos de equilibrio de género. Se hace con reglas fundamentalmente imperativas, aplicando una técnica próxima a la intervención jurídico administrativa en un ámbito tradicionalmente jurídico privado, de manera que las sociedades, y singularmente las sociedades cotizadas, asuman una función de agentes de intereses generales cuya preservación, ciertamente,

depende en muchos casos de la actividad de las grandes empresas. Esta es la nueva dimensión que está adquiriendo el derecho societario en el presente, sin que aún esté definitivamente establecido el punto de llegada, los contenidos y los límites de esta orientación. Los autores clásicos afirmaban que la historia del derecho de sociedades era siempre la historia de sus reformas. Hoy se podría decir que esa historia ha abierto un nuevo capítulo, en el que, más allá de las reformas, lo que priman son las transformaciones, tanto cualitativas como cuantitativas, tanto materiales como formales.