

La sociedad mercantil sostenible

Nuevas bases de un Derecho
de Sociedades en transición

LUCÍA GARCÍA MARTÍN

PRÓLOGO

ADORACIÓN PÉREZ TROYA

ELENA MAÑAS ALCÓN

**Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí**



© Lucía García Martín, 2026
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: 2026

Depósito Legal: M-26801-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1085-509-0

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-510-6

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí



Índice General

	<i><u>Página</u></i>
PRÓLOGO	23
ABREVIATURAS.....	29
INTRODUCCIÓN	
LAS TRANSFORMACIONES DEL SISTEMA DE DERECHO DE SOCIEDADES: LOS NUEVOS HECHOS Y EL NUEVO DERECHO	31
1. Consideración general	31
2. La sociedad mercantil como prototipo de empresa: Sobre los conceptos de empresa y de sociedad mercantil	33
3. Los nuevos hechos, el nuevo Derecho	36
3.1. <i>El papel de las políticas internacionales y el regulador europeo en materia de sostenibilidad</i>	<i>36</i>
3.2. <i>Las teorías del corporate purpose y una nueva configuración de sociedad mercantil</i>	<i>38</i>
3.3. <i>Las demandas de sostenibilidad empresarial ante tribunales y por organismos</i>	<i>40</i>
CAPÍTULO PRIMERO	
LA EMPRESA SOCIALMENTE RESPONSABLE Y CREADORA DE VALOR SOSTENIBLE: DE LA TEORÍA DE LA EMPRESA A SU PROYECCIÓN JURÍDICA	43
I. Introducción. Las limitaciones de la teoría neoclásica de la empresa	44



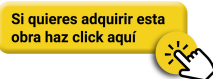
	<u>Página</u>
II. Los modelos de la responsabilidad social corporativa. . . .	47
1. <i>Las variadas definiciones de la «Responsabilidad Social Corporativa»</i>	47
2. <i>Teorías iniciales</i>	51
2.1. <i>Las precursoras corrientes norteamericanas y el precedente del Caso Dodge vs. Ford</i>	51
2.2. <i>La gran empresa como sujeto de la RSC</i>	52
3. <i>El modelo Corporate Social Performance (CSP) y la pirámide de la responsabilidad social de las empresas</i>	54
4. <i>El enfoque stakeholder</i>	56
4.1. <i>La categoría de los stakeholders y la gestión de las relaciones con los stakeholders</i>	56
4.2. <i>La relación del enfoque stakeholder con la Responsabilidad Social Corporativa.</i>	59
5. <i>Teorías críticas respecto a la doctrina de la Responsabilidad Social Corporativa.</i>	62
III. La evolución de la responsabilidad social corporativa a través de nuevas aproximaciones	63
1. <i>La Teoría del valor compartido y sus aportaciones a la Responsabilidad Social Corporativa</i>	63
2. <i>La creación de valor sostenible y la teoría del propósito empresarial (business purpose)</i>	66
IV. La proyección jurídica de la responsabilidad social corporativa y su realidad en la práctica empresarial española. .	70
1. <i>Del Soft Law al Derecho firme a través de la cristalización de una costumbre</i>	70
1.1. <i>La juridificación de la RSC.</i>	70
1.2. <i>De los Códigos de Buen gobierno de las sociedades cotizadas al Derecho firme.</i>	73
1.3. <i>La autonomía de la voluntad en el Derecho de sociedades.</i>	77
2. <i>La eficacia de las declaraciones societarias sobre políticas voluntarias de Responsabilidad Social Corporativa</i>	79



	<u><i>Página</i></u>
3. <i>El principio de buena gobernanza y la atribución al consejo de administración de la facultad de decisión sobre la política de responsabilidad social corporativa de la sociedad.</i>	86
4. <i>La responsabilidad jurídica de la Responsabilidad Social Corporativa en el tráfico</i>	88
4.1. <i>El problema de la responsabilidad jurídica de las políticas voluntarias</i>	88
4.2. <i>Responsabilidad civil y societaria</i>	90
5. <i>La práctica empresarial española reciente: Desde la implantación de la Responsabilidad Social Corporativa hasta el impulso de la sostenibilidad en las pymes</i>	95

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TRANSICIÓN HACIA UNA SOCIEDAD MERCANTIL SOSTENIBLE. EL ORIGEN NEGOCIAL DE LA PERSONIFICACIÓN EMPRESARIAL ORGANIZADA. LA SUPERACIÓN DE LAS TESIS CONTRACTUALISTAS CLÁSICAS.	101
I. Introducción	102
II. La configuración como contrato de la sociedad mercantil.	103
1. <i>La base normativa del contrato de sociedad y sus elementos caracterizadores.</i>	103
2. <i>El origen negocial</i>	104
3. <i>El vínculo del fin común y la causa del contrato de sociedad</i>	106
4. <i>La contribución de los socios al fin común</i>	109
5. <i>La consecuencia de la interpretación contractualista de la sociedad: El interés social como interés de los socios</i>	110
6. <i>La insuficiencia explicativa del modelo contractualista de la sociedad mercantil.</i>	112
6.1. <i>Consideración general</i>	112
6.2. <i>Las sociedades mercantiles sin contrato: las sociedades de capital unipersonales</i>	113



6.3.	Otras evidencias de las limitaciones del modelo contractualista clásico: la relevancia preferente de la organización frente al contrato	115
III.	La influencia del buen gobierno corporativo como punto inflexión.....	118
1.	<i>Consideraciones previas. La integración de los intereses de los stakeholders como recomendación de buen gobierno y la consecuente ampliación de la noción de interés social.....</i>	118
2.	<i>Evolución de la noción de interés social en la legislación societaria española. Del interés social al interés de la empresa .</i>	123
3.	<i>La evolución de la noción de interés social en el Derecho blando y su función de complemento del Derecho firme</i>	127
3.1.	De la maximización del valor para los accionistas hacia el interés ilustrado de la sociedad (enlightened shareholders' value).....	127
3.2.	La orientación institucionalista del interés social ...	129
IV.	La transición hacia una sociedad mercantil sostenible. ...	131
1.	<i>La sociedad mercantil sostenible como nuevo arquetipo societario.....</i>	131
2.	<i>El mantenimiento de la autonomía de la voluntad como origen de la sociedad mercantil y la prevalencia de la organización surgida del contrato de sociedad</i>	135
3.	<i>El interés social entendido como interés de empresa</i>	137
4.	<i>Del fin común al propósito corporativo o fin societario</i>	142
4.1.	Primer estadio de evolución: el abandono de la esencialidad del ánimo de lucro en la sociedad mercantil .	142
4.2.	Segundo estadio evolutivo: la diferenciación entre ánimo de lucro objetivo y subjetivo.....	145
4.3.	Tercer estadio de evolución: hacia el propósito corporativo.....	147
4.3.1.	El nuevo debate sobre el «propósito empresarial»	147
4.3.2.	El modelo de gestión empresarial y la proyección jurídica del «propósito empresarial»	151



	<u><i>Página</i></u>
4.3.3. La «razón de ser» y las sociedades mercantiles «con misión» en el Derecho francés...	152
5. <i>Las sociedades «con propósito»</i>	155
5.1. Antecedentes: La benefit corporation estadounidense.....	155
5.2. La società benefit italiana	157
5.3. La société à mission francesa	158
5.4. Las Sociedades de Beneficio e Interés Común españolas	161
CAPÍTULO TERCERO	
LA INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD. BASES DE LA PRÁCTICA EMPRESARIAL	165
I. Introducción	165
II. La información no financiera o de sostenibilidad: dimensión, evolución y desafíos	167
1. <i>La información sobre sostenibilidad y la información financiera. Una cuestión de interés público</i>	167
2. <i>Información financiera e información sobre sostenibilidad: diferencias y complementariedad</i>	170
3. <i>Evolución de la práctica de informar sobre cuestiones no financieras o de sostenibilidad</i>	172
3.1. Estadio inicial: voluntariedad en el reporte de información sobre sostenibilidad.....	173
3.2. Segundo estadio: evolución de los informes no financieros	175
3.3. Consolidación del reporte de información no financiera	176
3.4. Refuerzo del reporte no financiero: la regulación de información sobre sostenibilidad.....	178
3.5. Recalibrando la velocidad de implantación de las medidas de sostenibilidad empresarial en la Unión Europea	181



4.	<i>Información de sostenibilidad y la responsabilidad social corporativa: el vínculo con los stakeholders</i>	182
5.	<i>Retos de la información sobre sostenibilidad: el greenwashing</i>	183
III.	La información de sostenibilidad estandarizada	185
1.	<i>Características de la información sobre sostenibilidad</i>	185
2.	<i>Estándares de reporte de información sobre sostenibilidad</i> ...	190
2.1.	The Global Reporting Initiative (GRI)	192
2.2.	International Sustainability Standards Board (IFRS S1 IFRS S2)	195
2.3.	Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad (NEIS)	196

CAPÍTULO CUARTO

LA REGULACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD

	205
I.	Introducción	206
II.	La actividad legislativa de la Unión Europea	207
1.	<i>El Derecho originario y el principio de sostenibilidad en la Unión Europea</i>	207
2.	<i>El Reglamento relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS)</i>	208
3.	<i>La Directiva 2013/34 sobre los estados financieros anuales</i> ..	212
4.	<i>La Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos</i>	213
4.1.	Consideraciones previas	213
4.2.	Ámbito de aplicación subjetivo	214
4.3.	Contenido del estado no financiero	216
4.4.	Flexibilidad de la obligación de informar sobre aspectos no financieros	217
4.5.	Verificación de la información no financiera	219
4.6.	Política de diversidad	219



	<u>Página</u>
4.7. Transposición de la Directiva sobre información no financiera por los Estados miembros de la Unión Europea	220
5. <i>El salto regulatorio hacia la consolidación de la información sobre sostenibilidad: la Directiva 2022/2464 sobre presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas</i>	224
5.1. Consideraciones previas	224
5.2. Ámbito de aplicación subjetivo	227
5.3. Aplicación de la Directiva a empresas de terceros países	230
5.4. Contenido de la información sobre sostenibilidad ...	233
5.5. Principios aplicables a la preparación de la información de sostenibilidad	237
5.6. Política de diversidad	239
5.7. Formato de presentación de información: normas comunes de presentación y formato electrónico	240
5.8. Verificación de la información sobre sostenibilidad: modificaciones de la Directiva 2006/43/CE	242
5.9. Transposición de la Directiva y emisión de informes	247
5.10. El incierto futuro regulatorio del reporting de sostenibilidad: la simplificación regulatoria y el Paquete Omnibus	249
III. La regulación de la información no financiera en España .	253
1. <i>Antecedentes de la regulación de información no financiera: la información medioambiental</i>	253
2. <i>La regulación primera de la LSC y subsiguientes desarrollos.</i>	256
3. <i>La transposición de la Directiva 2014/95/UE en España</i>	261
3.1. El Real Decreto-ley 18/2017	261
3.2. La Ley 11/2018 en materia de información no financiera y diversidad	264
3.2.1. Consideraciones previas	264
3.2.2. Ámbito de aplicación subjetivo	265



	<i>Página</i>
3.2.3. Contenido del estado de información no financiera	267
3.2.4. Principios aplicables a la preparación del estado de información no financiera	273
3.2.5. Verificación de la información no financiera.	274
3.2.6. Sanciones y seguimiento del cumplimiento de la norma española	276
3.2.7. Política de diversidad	277
4. <i>La Ley 7/2021, de cambio climático y transición energética</i> ..	279
5. <i>El Proyecto de Ley de información empresarial sobre sostenibilidad</i>	281
5.1. Consideración general	281
5.2. Ámbito de aplicación subjetivo	282
5.3. Contenido	283
5.4. Preparación de la información sobre sostenibilidad ..	285
5.5. Verificación de la información sobre sostenibilidad ..	288

CAPÍTULO QUINTO

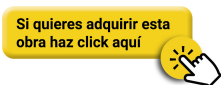
LAS NUEVAS OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD	289
I. Introducción	289
II. Fundamentos del proceso de diligencia debida en materia de sostenibilidad	291
1. <i>La noción de diligencia debida</i>	291
2. <i>Las empresas transnacionales y la insuficiencia de las medidas voluntarias en el respeto a los derechos humanos</i>	294
3. <i>La noción de cadena de valor</i>	297
III. Mecanismos de protección de los derechos humanos a lo largo de las cadenas de valor de las empresas transnacionales	299
1. <i>Instrumentos jurídicos no vinculantes de Derecho internacional</i>	299



	<u><i>Página</i></u>
2. <i>Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales</i>	300
3. <i>Normativa proveniente de la Organización de las Naciones Unidas</i>	304
4. <i>Instrumentos jurídicos vinculantes provenientes de algunos Estados de la Unión Europea</i>	306
4.1. Francia: La Ley del deber de vigilancia.	307
4.2. Alemania: la Ley sobre diligencia debida en la cadena de suministro («Sorgfaltspflichtengesetz»)	309
5. <i>Antecedentes a la Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad</i>	310
IV. La directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad	312
1. <i>Objeto</i>	314
2. <i>Ámbito de aplicación subjetivo</i>	315
3. <i>Obligaciones de diligencia debida para las empresas</i>	318
4. <i>La responsabilidad civil de las empresas por los daños causados</i>	325
5. <i>Obligaciones de los organismos públicos</i>	328
6. <i>Conclusiones, entrada en vigor y retos no cumplidos</i>	330
6.1. Calendario de aplicación.	330
6.2. Retos no superados de la Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad	333
7. <i>Sobre el impasse regulatorio europeo</i>	337
V. Sobre la transposición pendiente de la directiva de diligencia debida al Derecho español	338
 EPÍLOGO	
REFLEXIONES FINALES SOBRE EL DERECHO DE SOCIEDADES EN TRANSICIÓN	
	343
I. Sobre la función de la empresa y la responsabilidad social corporativa	343



	<i><u>Página</u></i>
II. Acerca de la desconexión del enfoque clásico contractua- lista con respecto a la gran empresa contemporánea	350
III. La transición hacia un modelo de sociedad mercantil sos- tenible	354
IV. Sobre los vectores de integración de la sostenibilidad y las nuevas obligaciones societarias	364
BIBLIOGRAFÍA	373



Las transformaciones del sistema de Derecho de Sociedades: los nuevos hechos y el nuevo derecho

SUMARIO: 1. CONSIDERACIÓN GENERAL. 2. LA SOCIEDAD MERCANTIL COMO PROTOTIPO DE EMPRESA: SOBRE LOS CONCEPTOS DE EMPRESA Y DE SOCIEDAD MERCANTIL. 3. LOS NUEVOS HECHOS, EL NUEVO DERECHO. 3.1. *El papel de las políticas internacionales y el regulador europeo en materia de sostenibilidad.* 3.2. *Las teorías del corporate purpose y una nueva configuración de sociedad mercantil.* 3.3. *Las demandas de sostenibilidad empresarial ante tribunales y por organismos.*

1. CONSIDERACIÓN GENERAL

En la presente obra se aborda un estudio de aspectos básicos del Derecho societario, revisando las teorías de responsabilidad social corporativa desde una perspectiva económica y jurídica, así como las crecientes exigencias sobre sostenibilidad que imprimen un nuevo sesgo al Derecho de sociedades. Se parte del análisis de la sociedad mercantil como un fenómeno complejo reexaminando su formulación tradicional a la luz de los nuevos cambios normativos ligados a las transformaciones que se suceden de forma rápida condicionadas no solo por la evolución de la tecnología, de la ciencia y de la información —cada vez más accesible—, sino también por las crisis medioambientales, sociales y de gobernanza a las que nos enfrentamos como humanidad en un sentido global. Estas circunstancias vienen propiciando un nuevo enfoque de gestión empresarial, abandonando la perspectiva más limitada que concibe las empresas como meros vehículos de generación de beneficios económicos para sus propietarios —que son los socios o accionistas en las sociedades mercantiles—, para pasar a considerarlas operadores económicos insertos en una economía, sociedad y comunidad determi-



nadas y que despliegan implicaciones a varios niveles económicos y sociales¹.

Desde el campo de la Economía y de la gestión empresarial se han producido aportaciones teóricas que abogan por considerar a la empresa como un centro aglutinador de diversos intereses que logra una generación de riqueza considerando sus impactos sociales y medioambientales, y que generan un valor compartido entre todos los operadores implicados². La visión desde el mundo jurídico, no obstante, se ha mantenido hasta fechas recientes en un marco heredado y, aunque han surgido diferentes normas orientadas a la sostenibilidad que contemplan nuevas obligaciones y herramientas, ciertos aspectos del Derecho societario continúan sujetos a la antigua redacción normativa, anclada en un modelo de sociedad mercantil basado en el beneficio económico a corto plazo y que busca satisfacer exclusivamente las necesidades de los socios o accionistas.

El Derecho societario, dada la relevancia del objeto que está en su base que no es otro que la empresa, no puede ser aislado de una realidad que pugna por una visión más sostenible de los negocios, buscando un equilibrio de los intereses generales y de terceros con aquellos correspondientes a los de los socios o accionistas. En este trabajo revisaremos la interpretación de ciertos elementos del Derecho de sociedades que constituyen algunas de las bases desde la que se ha construido el modelo tradicional de la sociedad mercantil, pero que auspician una interpretación renovada adaptada a las circunstancias de la época. Dada la relación de los campos del Derecho de sociedades y la Economía, pondremos de manifiesto de forma previa algunas aportaciones realizadas desde este segundo campo puesto que, a pesar de su estrecha conexión, los conceptos económicos existentes en el entorno

1. Vid. SJÅFJELL, B., «Reforming EU Company Law to Secure the Future of European Business», *University of Oslo Faculty of Law Legal Studies*, Research Paper Series, núm. 2021-05, 2021, pp. 1-22. SHEEHY, B., «Sustainability, Justice and Corporate Law: Redistributing Corporate Rights and Duties to Meet the Challenge of Sustainability», *European Business Organization Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2022, pp. 273-312. Entre nosotros, vid. CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M. C., «La influencia de los socios en la consecución de la sostenibilidad corporativa», *La Ley Mercantil*, núm. 97, 2022, versión online.
2. PORTER, M. E., KRAMER, M., «Creating shared value», *Harvard Business Review*, enero-febrero 2011, pp. 1-17. MELÉ, D., ARGANDOÑA, A., SÁNCHEZ-RUNDE, C., «Facing the Crisis: Toward a New Humanistic Synthesis for Business», *Journal of Business Ethics*, vol. 99, núm. 1, 2011, pp. 1-4. MATTEN, D., CRANE, A., «Corporate Citizenship: Toward an Extended Theoretical Conceptualization», *The Academy of Management Review*, vol. 30, núm. 1, 2005, pp. 166-179.



de la empresa no han encontrado siempre el mejor acomodo en el campo del Derecho mercantil y, más específicamente, en el Derecho de sociedades.

2. LA SOCIEDAD MERCANTIL COMO PROTOTIPO DE EMPRESA: SOBRE LOS CONCEPTOS DE EMPRESA Y DE SOCIEDAD MERCANTIL

Una de las dificultades encontradas para el desarrollo de la presente obra radica en la ausencia de un concepto unitario de empresa en el Derecho español, de forma que la articulación jurídica de las teorías económicas de responsabilidad social empresarial o corporativa encuentra difícil, aunque no imposible, acomodo en el Derecho de Sociedades. El concepto de empresa resulta nuclear para el contenido de esta obra, puesto que sirve, en primer lugar, para lograr la armonía del Derecho con la Economía y, en segundo lugar, sirve para interpretar y aplicar el Derecho mercantil conciliando los intereses generales en los que constitucionalmente se incardina la actividad empresarial (arts. 128 y 33 CE) con los propiamente privados que representan las sociedades mercantiles³.

En nuestro sistema jurídico mercantil la empresa no se contempla como centro del sistema del Código de comercio, a diferencia de lo que sucede con los denominados actos de comercio y con los comerciantes⁴. No obstante, la empresa es la base sobre la que descansa la consideración de comerciante, de forma que la existencia de una empresa determinará la existencia del comerciante o empresario⁵.

A pesar de la confusión que se puede dar en la realidad del tráfico con respecto a la utilización de los términos, empresario y empresa son nociones diferenciadas⁶. Por una parte, la empresa es objeto de regulación en su vertiente social, desarrollándose en torno a esta todo un sistema de Derecho: el Derecho de sociedades. Este sistema jurídico, regulador del empresario social, es un Derecho de organización que se orienta a establecer el funcionamiento interno de la sociedad, pero no llega a fijar los elementos internos

3. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, Vol. I, Revista de Derecho Mercantil, S. Aguirre, Madrid, 1947, p. 27. ALONSO UREBA, A., «Derecho de sociedades y función económico-social de la empresa», *Derecho de sociedades y sostenibilidad*, La Ley, Madrid, 2023, pp. 27-92.
4. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., «Capítulo 1. El Derecho mercantil», *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 28-29.
5. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 210.
6. ROJO, A., «Lección 2. El empresario», AA.VV. *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 51-52.



que componen la empresa en sentido económico. El Derecho de sociedades regula principalmente un aspecto de la empresa: su organización jurídica subjetiva entendida como sujeto de Derecho, relegando el resto de prismas desde los cuales el fenómeno empresarial puede ser observado⁷. No aporta el Derecho de sociedades una definición integradora de la realidad empresarial, aunque se trate del cuerpo jurídico más cercano a este ámbito por razón de la materia que regula. Con todo, la empresa, aunque con ausencia de una definición jurídica precisa, constituye una realidad para el Derecho, pues aparece referenciada en algunos preceptos de nuestra legislación al preverse, por ejemplo, por la normativa civil y concursal el principio de conservación de la empresa (art. 1056 CC). De manera novedosa, la Ley de Sociedades de capital, tras su reforma en 2021, incluyó, además, una referencia al interés de la empresa en el marco del deber de diligencia de los administradores sociales (art. 225 LSC)⁸.

A pesar de la utilización de la palabra «empresa», no encontramos un concepto jurídico que englobe todas las vertientes desde las que el fenómeno puede ser observado: como actividad del empresario, como empresario, como patrimonio, o como institución⁹. Los múltiples significados que puede tener el fenómeno empresarial no deben ser entendidos como compartimentos-estanco de la empresa, sino que todos ellos se combinan entre sí para dar como resultado la realidad de la empresa como un factor protagonista de la economía, al ser innegable la importancia que tiene esta como insustituible epicentro de producción de riqueza¹⁰.

7. Vid. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, op. cit., p. 212. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., señala sobre el contenido del Derecho de Sociedades: «se compone de dos piezas. Una relativa al contrato sociedad, que pertenece al Derecho de contratos. El contrato de sociedad obliga a los socios a contribuir y organiza la actuación en común de los socios en pos del fin común y del contrato de sociedad puede surgir la actuación conjunta de varias personas en la vida social. La otra, relativa al patrimonio social es el objeto del Derecho de la Persona Jurídica», en *La Persona Jurídica*, Comares, Granada, 2023, p. 160.
8. Art. tercero tres de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en los que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.
9. Vid. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, op. cit., pp. 210-233; MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, T. II, pp. 214-217.
10. Vid. MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, op. cit., pp. 216-217; ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades de anónimas*, Civitas, Madrid, 1982 p. 124, haciendo referencia a RATHENAU y su teoría de la empresa en sí (*unternehmen an sich*). RUBIO GARCÍA-MINA, J., *La responsabilidad civil del empresario, discurso leído*



Junto a esta dificultad, aparece por otra parte, la cuestión paralela de que el Derecho de sociedades aporta unas definiciones de sociedad —civil o mercantil— a partir de unos textos codiciales que continúan ofreciendo una visión tradicional de sociedad mercantil basada en el contrato, pero que olvida muchos aspectos desde los cuales puede ser contemplado el fenómeno societario, como es el hecho primordial de que el contrato de sociedad es un contrato de organización que objetiviza la personificación de una empresa¹¹.

La situación jurídica de la empresa y la sociedad es compleja. Por un lado, como señalábamos, existe una ausencia de regulación del concepto de empresa y, por otro, en la regulación de la «sociedad» encontramos un desdoblamiento regulatorio al existir en nuestro ordenamiento la sociedad civil —regulada por el Código Civil («CC», en adelante)— y la sociedad mercantil —prevista en el Código de Comercio («CdC», en adelante)—. Ambos textos legales, de inspiración francesa, prevén definiciones ciertamente similares y caracterizan a la realidad societaria con los mismos elementos: voluntad de los socios plasmada en un contrato, aportación o puesta en común de un patrimonio y la intención de aquellos de partir entre sí las ganancias que se obtengan. Siguiendo la tradición de los Códigos, la distinción entre ambas categorías sociales se realizaba en virtud de la materia a la cual se consagrarse el objeto social de una concreta sociedad. De forma que sería mercantil aquella sociedad dedicada a explotar una actividad mercantil, y civil aquella sociedad dedicada a la explotación de una actividad considerada de tipo civil. A pesar de que esta distinción parece sencilla, la regulación de los Códigos impuso dificultades añadidas, por ejemplo, al permitir el art. 1670 CC la existencia de sociedades civiles con objeto mercantil¹².

el día 11 de enero de 1971 en su recepción pública, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971, p. 11, señala: «Porque la empresa y, en primera línea, su titular, el empresario, significa además un instrumento fundamental para el reparto de la renta nacional, conectando a su través los criterios distributivos de los factores de la producción».

11. GIRÓN TENA, J., «Las reformas varias, pendientes y andantes de la sociedad anónima en España», *Revista jurídica española de la doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, La Ley, Madrid, 1989, p. 923.
12. Art. 1670 CC: «Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código». *Vid. PAZ-ARES, C., et. al. Comentario del Código Civil*, Publicaciones del Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1991, pp. 1376 y ss.



Posteriormente, con la aparición de nuevas actividades empresariales que abogaban por una estructura societaria corporativa que integrase el principio de responsabilidad limitada de los aportantes de capital, se regularon las sociedades de capital como tipo social incluido en las sociedades mercantiles. La regulación de estas sociedades introdujo el principio de la mercantilidad por razón de la forma que, vinculado al principio de responsabilidad limitada de los aportantes de capital, hizo que los tipos sociales aparejados a esta categoría se constituyeran como los más populares y de mayor utilización en la práctica, lo que ha dado como consecuencia que cuenten con una regulación más desarrollada y compleja en todas sus vertientes. Por ello, a pesar de las dificultades ligadas a la regulación general de la «sociedad» como concepto jurídico general, las sociedades mercantiles de capital se constituyen como el tipo social más utilizado en la práctica y, en consecuencia, en el prototipo de empresa en el tráfico económico-jurídico¹³.

3. LOS NUEVOS HECHOS, EL NUEVO DERECHO

3.1. EL PAPEL DE LAS POLÍTICAS INTERNACIONALES Y EL REGULADOR EUROPEO EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

No es nada nuevo afirmar que el Derecho constituye una realidad cambiante que va avanzando al ritmo de las circunstancias externas y que los nuevos hechos impulsan y reclaman un nuevo Derecho, también en el campo del Derecho de sociedades¹⁴. Las sociedades mercantiles son operadores que actúan en el tráfico por lo que no pueden considerarse ajenas a las circunstancias que afectan a las empresas que desarrollan. En este sentido, en los últimos años han sido varias las circunstancias que han marcado un cambio de tendencia con respecto a las materias sociales y medioambientales, lo cual, en último término, ha sido reflejado en la regulación y en el gobierno corporativo de las grandes empresas en especial.

13. CORTÉS, L. J., «Sociedad y empresa anónimas», *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Vol. I, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 1994, p. 568, señala que: «a la postre, la sociedad anónima no supuso, desde esta particular perspectiva, sino la conciliación de la propiedad privada con las exigencias derivadas de su explotación mediante una gran empresa».
14. GARRIGUES, J., *Nuevos Hechos, Nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 25, ya señalaba: «Y, sin embargo, hace ya mucho tiempo que los hechos no se corresponden con las palabras de la ley. Las palabras legales siguen siendo las mismas, pero por bajo de ellas y quizá con la ayuda de los fallos de los Tribunales y de los usos mercantiles, va la corriente de los nuevos hechos mirando la construcción legal».



Desde al año 2010 en adelante puede sostenerse que en el plano de la política internacional se han dado distintos pasos para la adopción de instrumentos jurídicos que, vinculantes o no, sentaran un marco normativo de protección de los Derechos Humanos y del medio ambiente en las cadenas de valor de las sociedades mercantiles, especialmente en aquellas que deslocalizan su producción en países con menores estándares de protección. Este debate dio lugar a la negociación y posterior aprobación de instrumentos como las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico para Empresas Multinacionales (revisión de 2011); los Principios Rectores de las Naciones Unidas (aprobación en 2011), consistentes en 31 principios generales de protección de los Derechos Humanos; o la negociación del *Binding Treaty* para la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales (2014)¹⁵. Junto a lo anterior, en 2015 fue aprobada la Agenda 2030 por Naciones Unidas, la cual estableció un nuevo marco global de desarrollo sostenible a ser logrado mediante la consecución de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), junto con otras medidas de actuación que, entre otros entes, apelan a las empresas a su cumplimiento¹⁶.

La influencia de esta tendencia ha sido clara en el entorno político y regulador europeo. De forma que, además de las declaraciones contenidas en los documentos fundacionales de la Unión Europea (Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), donde ambos textos sientan un principio de «desarrollo sostenible», en los últimos años se ha dado prioridad legislativa a normas que integran la sostenibilidad a varios niveles¹⁷. Este impulso legislativo en la Unión Europea se ha inten-

15. Para un análisis doctrinal en mayor profundidad sobre el marco normativo supranacional en materia de diligencia debida de derechos humanos y control de las empresas transnacionales *vid.* GUAMÁN, A., «Diligencia debida en Derechos Humanos y empresas transnacionales: de la Ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y Derechos humanos», *Lex Social*, vol. 8, núm. 2, 2018, pp. 225-236.
16. Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución de 25 de septiembre de 2015, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 21 de octubre de 2015. (Disponible online en español: <https://docs.un.org/es/A/RES/70/1>; y en inglés: https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf?_gl=1*1rqbgrv*_ga*MTM3NjAwMDYwMi4xNjk5NDQ4NDZ*_ga_TK9BQL5X7Z*MTc0MzY3MzcZMC4yMC4xLjE3NDM2NzM3NjguMC4wLjA).
17. *Vid.* PÉREZ TROYA, A., «El principio europeo de sostenibilidad. Su proyección sobre los deberes de los administradores de las sociedades mercantiles», *Gobierno Corporativo. Digitalización y sostenibilidad*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2024, pp. 301-302.



sificado a partir de la aprobación del denominado «Pacto Verde Europeo», aprobado en 2019, que sienta una nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar a la Unión Europea en una sociedad más equitativa, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que se auspicia la eliminación de las emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050 y con un crecimiento económico disociado de la depreciación de los recursos¹⁸. Esta nueva estrategia de crecimiento ha inspirado e impulsado una amplia regulación en el entorno europeo con relevante impacto en el ámbito del Derecho mercantil y, especialmente, en el del Derecho de sociedades.

3.2. LAS TEORÍAS DEL CORPORATE PURPOSE Y UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DE SOCIEDAD MERCANTIL

La realidad actual, que ha quedado marcada por crisis de signo diverso, ha llevado a teorizar sobre el papel que las empresas juegan en el entorno en el que se integran y, dada la conexión de la sociedad con la empresa, también se ha trasladado el debate al campo regulatorio del Derecho de sociedades. Con un enfoque económico, en los últimos años han resurgido con fuerza las teorías que abogan por un capitalismo más responsable y por una actuación sostenible de la empresa. Estas teorías, trasladadas al ámbito jurídico, pasan por una reinterpretación de conceptos societarios de base como son el fin común perseguido por los socios o el interés social.

Las teorías económicas que buscan que la empresa actúe asumiendo sus impactos en la comunidad en la que se inserta, teniendo en cuenta los intereses sociales y medioambientales de todos aquellos operadores económicos y sociales que están implicados en mayor o menor medida con la actividad empresarial, nos trae de vuelta a la posición de observar a la sociedad mercantil más allá del contrato que le da vida, para observarla como una organización-institución, cuestión que ya ha sido debatida en la tradición doctrinal, si bien en el momento actual el debate se nutre de nuevas teorías y enfoques centrados en la sostenibilidad¹⁹.

18. *vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, El Pacto Verde Europeo, 11.12.2019.

19. Entre la doctrina tradicional GIRÓN TENA, J., «Las reformas varias, pendientes y andantes de la sociedad anónima en España», *op. cit.*, pp. 930, señalaba que «*En las relaciones jurídicas en las que se dan aquellas situaciones comunitarias (laborales, familiares, societarias) todo acto o movimiento extiende su onda a los integrados en la comunidad y tienen que tenerse en cuenta sus intereses*». También CORTÉS, L. J., *Funciones de la*



Esta visión actualizada de la sociedad mercantil comienza a ser asumida por los legisladores y, de modo especial, también por el legislador comunitario europeo. Así, en los últimos años y de la mano de las nuevas corrientes, ha empezado a proliferar una regulación cuyo objetivo es dotar a las sociedades mercantiles de herramientas para integrar las teorías de la sostenibilidad y la atención de intereses terceros en la sociedad, por lo que el cambio de interpretación de ciertos elementos-base del Derecho de sociedades se va sucediendo como un proceso de tránsito hacia un modelo de sociedad mercantil más avanzado y definido por los nuevos postulados de responsabilidad social corporativa y sostenibilidad que han penetrado en las bases del sistema.

A partir de esta interpretación renovada nos situamos ante varios fenómenos: i) En primer lugar, una adaptación de las bases del Derecho societario que nos lleva a una resituación de los ejes mismos de la sociedad mercantil que permite albergar nuevas realidades societarias (*vgr.* Sociedades de capital de beneficio e interés común); ii) La toma en consideración, en la gestión de la sociedad, de intereses antaño ajenos al contrato de sociedad, desplegando el abanico de intereses que confluyen en la sociedad mercantil (*vgr.* Intereses de la comunidad, medio ambiente, etc.) y abriendo el camino hacia una reconceptualización de la sociedad mercantil que conecta en especial a la gran empresa con un nuevo modelo societario: el de la sociedad mercantil sostenible; iii) El nacimiento de nuevas obligaciones para la sociedad mercantil que incorporan aspectos de responsabilidad social y que dejan de centrarse sólo en los aspectos financieros de su actuación —normativa ya suficientemente asentada en la realidad jurídica y del tráfico— para pasar a evaluar el comportamiento de la sociedad mercantil en sus aspectos no financieros (aun no queriendo con ello afirmar que no tengan un impacto financiero-económico, bien para la persona jurídica, bien para agentes terceros).

Sociedad Anónima: Legislación y práctica española, Cuadernos de los Studia Albortiana, Cometa, Zaragoza, 1985, p. 29: «*De ahí que la legitimación del poder de la gran empresa radique hoy, con independencia de cuantas medidas pueda arbitrarse para el control de su actuación en el mercado, en su nueva constitución, en una diversa concepción que lo abra no solo a los intereses de los aportantes de capital, sino también a los de los trabajadores e incluso a los generales o públicos afectados por su existencia*». Entre la doctrina reciente *vid.* DEL VAL TALENS, P., «La responsabilidad social corporativa como instrumento de conciliación del interés de los socios con el interés común», *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 447-472. EMBID IRUJO, J. M., «La responsabilidad social corporativa ante el Derecho mercantil», *Cuadernos de Derecho y comercio*, 2004, pp. 11-44. 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*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 439-473.



3.3. LAS DEMANDAS DE SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL ANTE TRIBUNALES Y POR ORGANISMOS

Como consecuencia de lo anterior, en los últimos años también han empezado a proliferar los litigios cuyo contenido versa sobre la defensa de intereses generales enmarcados en las materias medioambiental, social y de gobernanza («ESG», por sus siglas en inglés), marcando con ello el inicio de una tendencia que no cabe desconocer²⁰. Mientras que hace años no se contemplaba el ejercicio de este tipo de acciones frente a empresas, o se admitían únicamente en casos muy evidentes en los que se había causado un daño patente por la actividad de la empresa, en la actualidad encontramos condenas a empresas no solamente por haber causado daños, sino también por no haber adoptado las medidas pertinentes para dar cumplimiento a determinados compromisos medioambientales o sociales, incrementando con ello el riesgo de causación de un daño²¹.

No solamente se ha producido un aumento general del número de demandas que pugnan porque se produzca un cambio en la forma tradicional de desarrollar el negocio, sino que también se aprecia un cambio de tendencia en la posición de los juzgados y tribunales que, con una frecuencia cada vez mayor, estiman las reclamaciones efectuadas en este sentido, realizando novedosas aportaciones con respecto a la atención que los empresarios deben prestar a las materias ESG.

La materia en la que se ha dado un mayor número de litigios y la imposición de mayores sanciones corresponde al ámbito medioambiental (*climate*

20. *Vid.* World Business Council for Sustainable Development (WBCSD), «Uncovering trends: What is behind the increase in ESG-related litigations?», Disponible online: <https://www.wbcsd.org/Programs/Redefining-Value/Resources/Uncovering-trends-What-is-behind-the-increase-in-ESG-related-litigations>

El informe sugiere tres movimientos dentro de la tendencia a la alza en litigación ESG: i) Los litigios ESG implican con una frecuencia mayor a la cadena de valor de las sociedades subsidiarias; ii) Los litigios ESG implican a un espectro mayor de *stakeholders*, tanto con personalidad jurídica (como pueden ser consumidores o trabajadores) como carentes de ella (biodiversidad, medio ambiente); iii) Las materias ESG implican tanto cuestiones relacionadas con la divulgación de información no financiera, como el estándar de diligencia de los administradores sociales. *Vid.* World Business Council for Sustainable Development (WBCSD), «Uncovering trends: What is behind the increase in ESG-related litigations?», p. 22.

21. *Vid.* The Hague District Court, case number C/09/571932/HA ZA 19-379, 26 mayo 2021.



litigation o *climate change litigation*)²². Entre los demandantes que inician estos litigios encontramos actores variados: organizaciones no gubernamentales (ONGs), socios y particulares que inician acciones por su cuenta, empresas competidoras, así como organizaciones gubernamentales que deciden imponer sanciones a las entidades mercantiles por realizar prácticas de *greenwashing* o *greenhushing* en sus estados de información no financiera²³. Los sujetos demandados son también diversos, desde las propias sociedades mercantiles a sus administradores, incluyendo en ocasiones a los propios Estados en atención a sus responsabilidades públicas²⁴.

-
22. Vid. SETZER, J., HIGHAM, C., *Global Trends in Climate Change Litigation: 2023 Snapshot*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, London, 2023, p. 2: señalan que en el período de junio de 2022 a mayo de 2023 han sido registrados más de 2.341 casos en las bases de datos de Sabin Center. Señalan que el número total de casos continúan creciendo, si bien a un ritmo más lento. Conocido como «*climate litigation*» o «*climate change litigation*» en el ámbito internacional, término referido al creciente número de litigios en los que el cambio climático y su impacto son un elemento clave a considerar en la argumentación legal. Vid. GANGULY, G., SETZER, J., HAYVAERT, V., «If at first you don't succeed: suing corporations for climate change», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 38, núm. 4, Oxford University Press, 2018, p. 843.
23. Vid. DELIKAT, M., KRAY, S., FRANTZ, C., «Trends in ESG Litigation and Enforcement», *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 10 August 2023. Disponible online: <https://corpgov.law.harvard.edu/2023/08/10/trends-in-esg-litigation-and-enforcement/> La práctica de *greenwashing* hace referencia a la publicación de información no veraz de tipo social, medioambiental o de gobernanza por las entidades mercantiles. El *greenhushing*, por su parte, implica la práctica por las empresas de no hacer pública determinada información comprometedor de tipo ESG, con el objetivo de que esta no sea revisada por las autoridades públicas, o por el público en general.
24. Vid. en particular sobre el caso *Milieudefensie vs. Shell infra*.Cap. 1.IV.4.2.



II. LA CONFIGURACIÓN COMO CONTRATO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL

1. LA BASE NORMATIVA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Y SUS ELEMENTOS CARACTERIZADORES

La definición y configuración del concepto jurídico de «sociedad» y de «sociedad mercantil», ha constituido una fuente tradicional de debates doctrinales debido a varias razones. La primera de ellas radica en que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto de sociedad general que pueda servir de base común para todas las formas societarias¹. La doctrina clásica utilizó el texto de los Códigos decimonónicos para formular una noción de lo que es y significa el concepto jurídico de sociedad. Lo que ocurre, y aquí radica el otro de los motivos generador del debate doctrinal, es que en Derecho español contamos con un desdoblamiento, pues la definición de sociedad se contiene en el Código de Comercio (art. 116) y en el Código Civil (art. 1665), aportando los dos textos definiciones ciertamente similares y partiendo ambos del contrato que da vida a la sociedad. Así, el Código Civil español en su art. 1665 define a la sociedad como «*el contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*»; y el Código de Comercio, en su art. 116, define el contrato de compañía mercantil como aquel «*por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro*».

Debido a la redacción de los Códigos, que configuran la sociedad como un contrato, la doctrina clásica española fue formulando una teoría del Derecho de sociedades a partir del acto de Derecho privado que está en su origen vital. Para la definición y configuración de la sociedad mercantil, que da lugar a una organización y a un sujeto empresarial, se debatían los elementos que debían considerarse esenciales para poder afirmar su propia existencia, partiendo de la premisa indiscutida de su origen negocial².

La doctrina clásica trató de formular un concepto de sociedad, denominado concepto amplio de sociedad, que pudiera ser de aplicación a todos los fenómenos societarios, con el objetivo de que aquel cumpliera una función orde-

1. Algunos autores, no obstante, han considerado que en Derecho español el concepto de «sociedad general» se contiene en el concepto de sociedad civil enunciado por el art. 1665 del Código Civil, *vid.* GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, op. cit., p. 381. PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, op. cit., p. 1299.
2. GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, T. I, Madrid, 1976, p. 30.



nadora que permitiera identificar y atribuir la denominación de «sociedad» —con las consecuencias jurídicas que ello implica— a distintos fenómenos grupales o de colaboración entre sujetos que, persiguiendo un propósito común, cumplieran con el resto de elementos descritos en la norma³.

Debido a la claridad del texto de los Códigos y al entendimiento doctrinal de que la sociedad era, ante todo, un contrato, el concepto amplio de sociedad se fue construyendo a partir del acto contractual como base del fenómeno mismo de la sociedad, definiéndose como «*la unión de personas fundada mediante un negocio jurídico para la promoción de un fin común autónomamente determinado y con una adecuada organización jurídica*»⁴. Los elementos, expuestos por la doctrina clásica, que se contemplan como esenciales para la formación del concepto amplio de sociedad o sociedad general son: el origen negocial, el fin común y la contribución de los socios al fin común⁵. Otros autores también señalaron como elementos definitorios de la sociedad otros factores como la personificación de que goza la sociedad o la formación de un patrimonio o fondo común⁶.

Los elementos que componen el concepto amplio de sociedad, de formación doctrinal, y que a continuación analizaremos, han servido para dotar de significado al fenómeno societario, con unas consecuencias interpretativas que han llegado hasta nuestros días. En particular, entender a la sociedad, como esencialmente, un contrato conlleva consecuencias en la interpretación que se hace del concepto de sociedad mercantil, e influye a su vez en la gestión que se hace de la empresa como objeto explotado por la sociedad. Al considerar a la sociedad mercantil como un contrato, es la posición de las partes del contrato y la protección de sus intereses lo que adquiere prioridad al tiempo de la gestión de la sociedad, frente al interés autónomo y más amplio de la propia empresa.

2. EL ORIGEN NEGOCIAL

El origen negocial constituye el elemento principal para la construcción del concepto de sociedad. Se trata del elemento definidor de la sociedad que

3. *vid.* PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, *op. cit.*, p. 1301.

4. GIRÓN TENA, J., *Estudios de Derecho Mercantil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 206.

5. PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, *op. cit.*, p. 1313, desarrollando en gran medida las ideas de GIRÓN TENA.

6. *vid.* FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «Las notas distintivas de las cuentas en participación», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 84, 1962, pp. 439-443.



ha generado menos dificultad entre la doctrina⁷. Así, se afirmaba que la agrupación voluntaria de sujetos con una finalidad común encuentra su esquema organizativo típico en una forma contractual: el contrato de sociedad⁸. La doctrina contractualista parte, en el contrato de sociedad, de la existencia de la voluntad de los socios primero, para constituir la sociedad; y segundo, para mantenerse en aquella, pues consideran que a ello es a lo que el legislador supone que se dirige la voluntad de las partes: al ejercicio habitual y continuado de actividades sociales.

En el marco del contrato de sociedad y con el objetivo de explicar el nacimiento de la organización societaria a partir del acuerdo de voluntades, se resalta especialmente por la doctrina jurídica el elemento de la *affectio societatis*. Este concepto, con origen en el Derecho romano, es entendido como la voluntad de continuidad en el ejercicio de una actividad, significando que el consentimiento de las partes en este contrato no se agota en una sola operación, sino en una serie indefinida de actos⁹.

Otros autores han identificado la *affectio societatis* como la voluntad de los socios de formar parte de la sociedad y, consecuentemente, la voluntad de los socios de cooperar activamente a la obra común¹⁰. La jurisprudencia, por su parte, interpreta que en la sociedad además de los elementos generales comunes a toda relación contractual hay que añadir la intención de constituir sociedad (identificada con la *affectio societatis* o *animus contrahendae societatis*) considerada como un elemento adicional del consentimiento, consistiendo aquella en la suma de dos voluntades: por un lado, la voluntad de unión; por otro lado, la voluntad de poner en común ciertos riesgos, tanto los de pérdida como los de ganancia¹¹.

Para lograr el nacimiento de la sociedad se precisa la concurrencia de la voluntad de los socios (la *affectio societatis*) plasmada en el instrumento de Derecho privado, el contrato. El contrato de sociedad se somete al Derecho privado y parte en sus elementos esenciales de la regulación general con-

7. GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, op. cit., p. 30.

8. FONT GALÁN, J. I., PINO ABAD, M., «La relevante causa negocial de la Sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto legal de sociedad», *Revista de Derecho Mercantil*, 2001, núm. 239/2001, pp. 7-96.

9. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de las obligaciones*, op. cit., p. 390.

10. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, op. cit. pp. 407-410.

11. STS 3 diciembre 1959. STS de 23 de mayo de 1989. STS 875/1999, de 25 de octubre de 1999.



tenida en el Código Civil, debiendo concurrir en el mismo el consentimiento de los contratantes, objeto cierto y causa lícita¹².

La autonomía de la voluntad también se manifiesta como una facultad de configuración de la organización corporativa surgida¹³. En las sociedades de capital, este reconocimiento se realiza expresamente en el art. 28 LSC permitiendo a los socios modelar la organización corporativa surgida en el contrato de sociedad plasmado en los estatutos sociales¹⁴.

3. EL VÍNCULO DEL FIN COMÚN Y LA CAUSA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

El segundo de los elementos del concepto amplio de sociedad lo constituye el fin perseguido por los socios por medio de la sociedad, el cual es entendido como un fin común a aquellos como partes del contrato. Este elemento posee una destacada relevancia, en primer lugar, por coincidir con la causa contractual en el contrato de sociedad y, en segundo lugar, por constituir el fin o razón de ser de la persona jurídica resultante. De entre los elementos esenciales del contrato destaca el de la causa contractual, dada la particularidad de este contrato que crea una organización. La causa en el contrato de sociedad fue configurada doctrinalmente en una doble vertiente, compuesta por el fin común perseguido por los socios y por el objeto social, actividad programada para la consecución del fin común¹⁵. Tradicionalmente se entendía como causa del contrato de sociedad y objetivo fundamental de la misma, la intención de obtener un lucro común por la sociedad que posteriormente se dividiría entre los socios como partes del contrato de sociedad¹⁶.

Los teóricos contractualistas sostienen que el fin común constituye el elemento diferenciador con respecto a los contratos sinalagmáticos, dado

12. Art. 1261 CC.

13. VAQUERIZO ALONSO, A., «Art. 28. Autonomía de la voluntad», *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Civitas, Madrid, 2011, p. 386.

14. Art. 28 LSC: *En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen convenientes establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.*

15. A su vez, ambos elementos constitutivos de la causa (fin común y objeto social) son considerados inescindibles puesto que, por sí solos, ninguno es suficiente para cumplir las funciones que la causa cumple dentro del contrato de sociedad. *Vid.* PAZ-ARES, C., «La sociedad en general», *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, Civitas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 459-529.

16. *Vid.* GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pp. 173-175; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 391.



que en el contrato de sociedad lo que importa a cada contratante no es la obtención de cosas o servicios prometidos por los otros, sino la posibilidad de que la suma de sus prestaciones haga posible la ulterior realización de un fin común que sería difícil o imposible de obtener de forma aislada¹⁷.

La relevancia del fin común para la sociedad, entendida como contrato, radica en que con él se crea la denominada comunidad de fin que se refleja en la definición del contrato de sociedad del art. 116 del Código de Comercio cuando caracteriza a la misma con el propósito común de los socios de obtener lucro. Las partes del contrato de sociedad quedan vinculadas por un interés superior y compartido, que cuenta con una mayor relevancia que aquel interés particular que cada socio pudiera tener al tiempo de pasar a formar parte de la sociedad¹⁸. Así, la doctrina clásica señalaba como fines comunes de los socios: en primer lugar, la obtención de un lucro (como finalidad subjetiva del socio); en segundo lugar, la consecución del objeto social, como finalidad objetiva de la sociedad; y, en tercer lugar, la creación de una personalidad jurídica como medio para alcanzar aquellos fines¹⁹.

Con el paso del tiempo, la doctrina más moderna consideró el ánimo de lucro como un elemento no esencial en las sociedades basándose en la evolución experimentada por la normativa y por las aportaciones doctrinales explicativas del denominado «concepto amplio de sociedad»²⁰. Esta doctrina más reciente contempla el fin común como el elemento vertebral de la sociedad, que distingue este contrato del resto de pactos sinalagmáticos, y

17. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de las obligaciones, op. cit.*, pp. 387-388.

18. THALLER, E., *Trattato Elementare di Diritto Commerciale*, Società Editrice Libreria, Milano, 1923, p. 249: «la sociedad crea un interés común y no un interés contrario».

19. *Ibidem op. cit.* p. 175.

20. Vid. MENÉNDEZ, A., VAQUERIZO ALONSO, A., *Comentario Régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo III, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 210 y 214, entendiendo que: «el art. 3 LSA reduce a establecer que la sociedad será siempre mercantil "cualquiera que sea su objeto" es decir, aunque este no sea mercantil. Ello tiene como consecuencia fundamental la adscripción del ente societario al marco normativo definido por las obligaciones propias de la condición subjetiva del empresario. Pero, además y sin menoscabo de lo anterior, para un sector importante de la doctrina esta alusión específica a la "irrelevancia" del objeto a efectos de la calificación de la sociedad como sujeto mercantil constituye también un argumento determinante en favor de la admisibilidad de las sociedades anónimas no solo con cualquier objeto sino también, más abiertamente, con cualquier finalidad, algo que implica admitir que el referido art. 3 otorga carta de naturaleza a las sociedades anónimas no lucrativas en nuestro ordenamiento».

Vid. PAZ-ARES, C., «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones a propósito del artículo 2.2. LAIE)», *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea: estudios en homenaje a José Girón Tena*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1991, pp. 731-756.



que tiene entidad suficiente para producir un vínculo jurídico y establecido en interés de todos los socios²¹. Según esta posición, la satisfacción de los intereses individuales de los socios se lograría por medio de la realización del fin común, que no necesariamente debe coincidir con un ánimo lucrativo.

A la hora de dotar de contenido la causa del contrato de sociedad, se entiende que el fin común se integra de dos subelementos: por un lado, el fin común último o fin abstracto, que sería el objetivo final o último perseguido por los socios a través de la sociedad. Este podría ser identificado con el ánimo de lucro, o bien podría tener otro contenido en función de cuál fuera la voluntad de los socios. Y, por otro lado, el fin común próximo o fin concreto que se materializa en el objeto social, esto es, la actividad definida en los estatutos sociales que se desarrolla por medio de la sociedad. En consecuencia, el fin común entendido como el elemento causal del contrato de sociedad se proyecta en un doble plano: por un lado, en el plano formal de los objetivos finales buscados; y, por otro lado, en el plano material de la actividad programada para la sociedad. De esta forma, podemos hablar de un fin formal (el fin común último) y de un fin común material (objeto social), siendo, a su vez, ambos elementos inescindibles entre sí²².

La relevancia práctica del contenido del fin común radica en que, mientras que en el momento inicial une a las partes en el contrato de sociedad, en la fase de funcionamiento de la sociedad, el fin común que se haya establecido rige la vida de la organización que se ha puesto en pie²³. En atención a la doctrina contractualista, el interés específico establecido como fin común en el momento de la constitución de la sociedad, generalmente identificado con el ánimo de lucro, será el eje rector del futuro funcionamiento de la empresa. Como resultado, la gestión empresarial se guiará por tal fin, sin

21. PAZ-ARES, C., «La sociedad en general», *Curso de Derecho mercantil, op. cit.*, pp. 469-529.

22. *Vid.* PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil, op. cit.*, pp. 1320-1338. Esta visión es compartida por la doctrina, *vid.* CARBAJO CASCÓN, F., *La sociedad de capital unipersonal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 174: «*la causa objetiva (causa-función) del negocio constitutivo de una sociedad de capital es, realmente, una causa compleja integrada por una causa previa y primera, la creación de una organización objetivada —dotada de personalidad independiente— y del estatuto que regule su funcionamiento para la explotación de una empresa o la gestión unitaria de un patrimonio, seguida de una causa última o final, la consecución de un lucro objetivo para el miembro o miembros de dicha organización; causa final que, a su vez, será concretada o materializada mediante la actividad (objeto social) a desarrollar por la organización.*».

23. PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil, op. cit.*, pp. 1323-1324.



considerar las posiciones de otros grupos de interés propios, e impidiendo la adopción de un interés autónomo de la persona jurídica.

4. LA CONTRIBUCIÓN DE LOS SOCIOS AL FIN COMÚN

Como último aspecto del concepto de sociedad se encuentran las contribuciones que las partes del contrato de sociedad se obligan a realizar en aras de lograr el fin común. La doctrina contractualista clásica entendía que la contribución de los socios dirigida a lograr la realización del fin común no es sino la expresión de la *affectio societatis*. La sociedad quedaría fundada en la idea de la comunidad de fin, por lo que para lograrlo se requiere el esfuerzo de los socios. Mediante la contribución de todos los socios al fin común, se conseguirá el interés particular perseguido por cada uno de ellos en la sociedad. En consecuencia, no es suficiente con que los socios persigan un fin común, sino que deben colaborar para su consecución²⁴.

La aportación del socio se contempla en el Derecho societario como el equivalente a la prestación del Derecho de las obligaciones sinalagmáticas, no obstante, en este caso las prestaciones no juegan en función de la reciprocidad, sino en razón de su convergencia. Lo relevante en este contrato es que con la suma de las prestaciones de las partes estas logren realizar el fin común²⁵.

La contribución de los socios al fin común se materializa en las aportaciones que estos realizan al capital social de la compañía. Esta aportación adopta diferentes formas en función del tipo de sociedad ante el cual nos encontremos²⁶. Así, en las sociedades colectivas y comanditarias simples podremos encontrar, como contribución de los socios a la sociedad, aportaciones dinerarias, en especie o en trabajo; mientras que en las sociedades de capital la aportación del socio deberá ser susceptible de valoración económica (dineraria o en especie), a salvo de las prestaciones accesorias que, en su caso, se puedan establecer²⁷.

24. PAZ-ARES, C., «La sociedad en general», *op. cit.*, pp. 469-529.

25. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de las obligaciones, op. cit.*, p. 388.

26. *Vid.* GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades, op. cit.*, p. 214: «Primeramente, hay que tener en cuenta que al concepto de Sociedad no es consustancial la existencia de un patrimonio (...). La situación del patrimonio en cada tipo social es distinta (...) y ello viene a repercutir sobre la susceptibilidad de que determinados bienes puedan o no constituir materia de aportación».

27. Art. 58.1 LSC: «En las sociedades de capital solo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica».



5. LA CONSECUENCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUALISTA DE LA SOCIEDAD: EL INTERÉS SOCIAL COMO INTERÉS DE LOS SOCIOS

Una de las principales consecuencias de interpretar el fenómeno societario como un contrato radica en la determinación de los intereses que deben atenderse o priorizarse al tiempo de gestionar o tomar decisiones en nombre de la persona jurídica que se ha generado a partir del mismo y que es titular de una empresa que se encuentra, normalmente, en funcionamiento. La función de concretar qué intereses deben observarse al tiempo de la toma de decisiones de gestión de la sociedad, en el ámbito del Derecho de sociedades se ha atribuido al elemento del interés social, el cual ha constituido una cuestión clásica de debate entre los tratadistas debido a la dificultad de determinar su noción, contenido y función. Es por ello que el interés social ha sido típicamente calificado de «concepto jurídico indeterminado»²⁸.

Siguiendo la doctrina contractualista de la sociedad, basada en la concepción legislativa aportada por los Códigos decimonónicos, se sostiene que el interés social debería hallarse en el marco del esquema causal del contrato de sociedad. El contrato de sociedad se celebra para ejecutar el interés de los socios, el cual, además, siguiendo la literalidad de la norma, debería de ser el ánimo de lucro pues, según el art. 1665 CC «*la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*»; y según el art. 116 CdC, «*el contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro (...)*».

Por lo tanto, en seguimiento de la doctrina contractualista, las aspiraciones que se persigan por medio de la sociedad deben encontrarse encuadradas en la causa del contrato, sin que se pudiera aprovechar la decisión de la mayoría de socios para la realización de aquellos intereses considerados extrasociales que serían aquellos intereses extraños a la causa del contrato de sociedad²⁹. En aplicación de esta interpretación, se hacen prevalecer los intereses de las partes del contrato, frente al de la propia organización creada y que explota una empresa que se pone en funcionamiento.

28. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., «El interés social y el sistema de gobierno corporativo», *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2014, pp. 164-165.

29. vid. GALGANO F., *La società per azioni. Le altre società di capital. Le cooperative*, Nicola Zanichelli, Bologna, 1978, pp. 157-165.



Con el paso del tiempo y tomando como base la concepción tradicional contractualista de la sociedad, las teorías contractualistas más modernas evolucionaron hacia el criterio de la «creación de valor para el accionista» (*shareholders value*). Se entendía así que la búsqueda del interés social de las sociedades mercantiles no debía pasar tanto por la idea de obtener un beneficio económico que se reparta entre los socios, sino como la búsqueda de la maximización del valor de las acciones, especialmente para aquellas sociedades anónimas cotizadas³⁰. No obstante, y por la influencia de determinadas crisis empresariales (Enron, WorldCom o Parmalat) esta corriente también fue variando hacia la consideración de la maximización del valor de la acción de forma sostenida en el largo plazo³¹. Aunque con este enfoque se pretendía argumentar la atención a intereses distintos desde la gestión empresarial, en el fondo se mantiene la prevalencia de los intereses de los socios, por encima de los propios de la empresa en funcionamiento.

Entre la doctrina española encontramos unas posiciones que, de manera dominante, defienden una clara interpretación contractualista del interés social. Los autores clásicos contemplaban la sociedad como un medio para la satisfacción de un interés propio de cada socio, sin que aquél pueda buscarse contra la sociedad, sino justamente a través del interés social que era interpretado como el común a todos los socios³². Una parte de la doctrina moderna, continuando la interpretación de los clásicos, estima que el Derecho de sociedades, al hacer referencia al «interés de la sociedad» en la norma, hace alusión al interés de aquellos que forman parte de la sociedad, del con-

30. ALCALÁ-DÍAZ, M. A., «El interés social en la sociedad anónima cotizada. Nuevas perspectivas para un concepto clásico del Derecho de sociedades», *Derecho de Sociedades y de los Mercados Financieros, Libro Homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Iustel, Madrid, 2018, p. 61.
31. *vid.* HERNANDO CEBRIÁ, L., «El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: interés de la sociedad e intereses en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la "tercera vía" societaria», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 2014, p.87; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», *RDM*, núm. 246/2006, 2006, pp. 1653-1726.
32. Entre otros *vid.* GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 563. También FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: «del carácter individualista del fenómeno societario y de la homogeneidad del interés social y los intereses comunes de los socios parece excluirse la existencia de un interés social superior y diverso del de los socios y, con ello, la utilización de los esquemas societarios para fines supraindividuales de orden constitucional económico», en *La Atipicidad en Derecho de sociedades*, Pórtico, Zaragoza, 1977, p. 17.



trato de sociedad³³. También la jurisprudencia española ha mantenido a lo largo del tiempo una orientación contractualista, si bien y como comentaremos más adelante, parece que el Tribunal Supremo comienza a integrar otros aspectos³⁴.

6. LA INSUFICIENCIA EXPLICATIVA DEL MODELO CONTRACTUALISTA DE LA SOCIEDAD MERCANTIL

6.1. Consideración general

A pesar de la relevancia de la doctrina tradicional, el paso del tiempo, la influencia de las teorías de gestión empresarial sostenibles, junto a la aparición de figuras jurídicas que cuestionan el modelo tradicional de sociedad mercantil sentado por la doctrina contractualista nos llevan a cuestionar la vigencia de tal teoría y su aplicación a las sociedades mercantiles contemporáneas. Tal y como señala una parte autorizada de la doctrina *«es un progreso recurrente: llega un momento en el que el Derecho de sociedades debe ser objeto de una revisión a la vista de la evolución de la realidad social que lo ha superado»*³⁵.

La interpretación de la sociedad entendida como un contrato se conserva entre la doctrina todavía en el momento presente³⁶. No obstante, y aunque

33. Entre otros *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., quien afirma que *«no hay más interés social que el interés —común— de los socios»* en «El interés social y los deberes de lealtad de los administradores», *AFDUAM*, núm. 20, 2016, p. 216; ALCALÁ DÍAZ, M. A., «El interés social en la sociedad anónima cotizada. Nuevas perspectivas para un concepto clásico del Derecho de sociedades», *Derecho de Sociedades y de los Mercados Financieros, Libro Homenaje a Carmen Alonso Ledesma, op. cit.*, pp. 39-71; RECALDE CASTELLS, A., La inclusión de objetivos públicos en la gestión de la sociedad de capital (Public Aims in the Management of a Corporation)», *SSRN*, abril 2022, p. 26.

34. *Vid.* Sentencias que identifican el interés social como la suma de los intereses particulares de los socios, integrado en la relación contractual: SSTS 825/1998, de 18 de septiembre; 193/2000, de 4 de marzo; 1086/2002, de 18 de noviembre; 186/2006, de 7 de marzo; 873/2011, de 7 de diciembre; 1686/2012, de 17 de enero; 4586/2021, de 21 de diciembre; STS 400/2007, de 12 de abril.

Sobre la jurisprudencia del TS acerca del interés social *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General en las Sociedades de Capital*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 375-377.

35. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa», *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, Vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, p. 853.

36. *Vid.* ALCALÁ DÍAZ, M. A., «El interés social en la sociedad anónima cotizada. Nuevas perspectivas para un concepto clásico del Derecho de sociedades», *op. cit.*, pp. 40-41. GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 19», *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 590.



haya autorizados sectores doctrinales que defiendan esta postura, entendemos que el modelo societario contractualista clásico muestra una insuficiencia explicativa para la explicación de las sociedades mercantiles del momento presente. De forma tal que la afirmación «*la sociedad es un contrato*» resulta una afirmación ciertamente reduccionista, en la medida en que la constitución de la sociedad no se agota en el mero acuerdo de voluntades, sino que origina una estructura empresarial personificada que trasciende del marco estrictamente contractual.

Varios aspectos evidencian la insuficiencia del modelo contractualista para explicar la realidad de las empresas y sociedades mercantiles modernas, afectadas por la realidad económica y jurídica actuales. Esta denominada «crisis» del modelo contractualista se manifiesta con una agudeza mayor en el entorno de las sociedades de capital las cuales, además, constituyen los modelos societarios más utilizados en la práctica.

A continuación, se ofrece una explicación de los motivos que evidencian la insuficiencia explicativa del modelo contractualista en las sociedades capitalistas.

6.2. Las sociedades mercantiles sin contrato: las sociedades de capital unipersonales

En las sociedades de capital se evidencia en mayor grado la insuficiencia explicativa del modelo contractualista de la sociedad. En estas sociedades de base corporativa la posición de los socios se despersonaliza, en su nivel máximo en las sociedades anónimas cotizadas, y predomina la organización creada, por lo que la idea de que la sociedad es un contrato que relaciona y liga a varios socios, que permite agrupar trabajo y capital para realizar una actividad que normalmente escapa a las posibilidades individuales, con frecuencia deja de tener sentido³⁷. En primer lugar, porque las modernas legislaciones permiten el nacimiento de sociedades de capital de base unipersonal, que nacen en virtud de un negocio jurídico unilateral. Si atendemos a las razones de política jurídica que se perseguían con el reconocimiento de la sociedad de capital unipersonal estas pasaban por facilitar la creación o el mantenimiento de sociedades que a menudo son pequeñas o medianas empresas con un único socio, así como la estimulación a los empresarios

37. Definición de sociedad *vid.* BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 173.

individuales de asumir el riesgo de crear una empresa beneficiándose de la limitación de responsabilidad³⁸.

Debe tenerse en cuenta en este contexto que lo que se reconoció por la norma fue la sociedad de capital unipersonal, que no es equivalente al reconocimiento del empresario individual de responsabilidad limitada³⁹. La sociedad unipersonal supone una dualidad de sujetos: la sociedad, de un lado; y el socio único, de otro. El aspecto anterior es clave para diferenciar ambas figuras: en el caso del empresario individual de responsabilidad limitada, el criterio de política jurídica es la limitación de responsabilidad, pero no el dotar a la empresa de una determinada forma estructural u organizativa jurídica que permita su continuidad incluso aunque desaparezca o sea sustituido el socio fundador de la misma⁴⁰.

Lo que se pone en valor por las leyes que reconocen la unipersonalidad de las sociedades de capital es precisamente la organización creada a partir del acto jurídico privado. Dicho acto jurídico privado será un contrato o un acto unilateral, pero una vez ejecutado, lo que pervive en cualquier caso es la organización.

Decae también la noción del fin común en estas sociedades, pues no se persigue en este caso un fin común a los socios mediante la organización social, sino que se persigue un motivo particular que llevó al socio único a constituir la sociedad, ligado a la pretensión de utilizar una estructura cor-

38. «La Directiva prevé la introducción del concepto de sociedad unipersonal en toda la Comunidad. Esta solución se impone sobre todo para facilitar la creación o el mantenimiento de sociedades que a menudo son pequeñas o medianas empresas con un único propietario (...). Se estimula a los empresarios individuales a que asuman el riesgo de crear una empresa en forma de sociedad, lo que les permite limitar su responsabilidad al patrimonio afectado al ejercicio de una actividad», *vid.* Exposición de Motivos de la Propuesta Inicial de la 12.^a Directiva (presentada por la Comisión al Consejo el 18 de mayo de 1988).

39. Para un análisis de la figura del empresario individual de responsabilidad limitada *vid.* HERRERO MORO, G., FERNÁNDEZ DEL POZO, L., GONZÁLEZ DEL VALLE, F. J., «El empresario individual de responsabilidad limitada en el Derecho Comparado», *R.C.D.I.*, LXV, 1989, pp. 1831-1940.

40. *Vid.* ALONSO UREBA, A., «La 12.^a Directiva comunitaria en materia de Sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990», *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, p. 109. Del mismo autor *vid.* «La sociedad unipersonal», *La Reforma del Derecho español de Sociedades de Capital*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1987, pp. 217-280.



porativa y limitar su responsabilidad⁴¹. Una vez constituida, deberá ser gestionada en atención al interés de la propia sociedad mercantil, que podrá converger o no con el individual del socio único.

6.3. Otras evidencias de las limitaciones del modelo contractualista clásico: la relevancia preferente de la organización frente al contrato

El modelo contractualista tradicional también evidencia su insuficiencia en relación con el elemento de las contribuciones de los socios al fin común en las sociedades de capital. En estas sociedades las aportaciones de los socios se efectúan al capital social y deben consistir en dinero o bienes susceptibles de valoración económica *ex art.* 58 LSC, sin que esté permitida la aportación de trabajo.

En virtud de la teoría contractualista las aportaciones de los socios, además de ser determinadas, posibles y lícitas, deben ser aptas para conseguir el fin común⁴². Es en este aspecto de la idoneidad de la aportación para conseguir el fin común donde decae la teoría contractualista en las sociedades de capital, pues las cifras de capital mínimo establecidas por las legislaciones modernas, especialmente en relación con la sociedad de responsabilidad limitada, no garantizan en la práctica la posibilidad de emplear la sociedad para la consecución de iniciativas económicas de relevancia. Lo habitual es que en estas sociedades el fondo patrimonial que han aportado los socios resulte insuficiente para el desarrollo del objeto social. En consecuencia, la persona jurídica recurre a vías de financiación, ya sea financiación propia o ajena, para ejecutar el objeto social o la empresa que se haya propuesto⁴³. Y es que, como señala la doctrina, *una cosa es el capital mínimo que la Ley exige para la constitución de los distintos tipos de sociedades de capital y otra es el capital suficiente para el desarrollo del objeto social teniendo en cuenta el riesgo asociado al mismo*⁴⁴. El capital mínimo para la constitución de la sociedad y el patrimonio necesario para la ejecución de la empresa, son nociones diferenciadas. Pero no es menos cierto que, aun contando con las aportaciones mínimas de los socios que, por sí mismas, no son idóneas para conseguir el

41. El efecto de la declaración de voluntad del socio expresado en la junta general de la sociedad unipersonal es su conversión en voluntad social. *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General en las Sociedades de Capital*, *op. cit.*, p. 606.
42. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, *op. cit.*, p. 213.
43. GUTIÉRREZ GILSANZ, J., «Artículo 4: capital social mínimo», *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 178-179.
44. *Ibidem*, pp. 179-180.



Si quieres adquirir esta obra haz click aquí



La integración de nuevos factores en las normas reguladoras de las sociedades mercantiles muestra que la responsabilidad social y la sostenibilidad han dejado de ser cuestiones empresariales éticas o reputacionales y han pasado a formar parte del Derecho de sociedades contemporáneo. Su influencia se reconoce en las normas reguladoras del gobierno corporativo, la información societaria, en el entendimiento del interés social, el reconocimiento de sociedades de beneficio e interés común y en el establecimiento de novedosas obligaciones societarias de diligencia debida en materia de sostenibilidad.

Analizar la sostenibilidad desde el Derecho de sociedades aparece como una misión necesaria para comprender la evolución de las obligaciones legales, riesgos jurídicos y oportunidades que surgen para las empresas en un entorno cambiante y donde la sostenibilidad está presente como criterio de legalidad, de competitividad y de legitimidad empresarial.

ISBN: 978-84-1085-509-0



9 788410 855090



ER-02802005



GA-000010100