

«Obligaciones sociolaborales» de «buena gobernanza societaria» en las grandes empresas: ¿promover o (solo) normalizar políticas de transparencia y diversidad?

A propósito del Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican diversas leyes mercantiles «en materia de información no financiera y diversidad»

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

«(...) Es necesario evaluar nuevamente los límites de la gobernanza privada, como la RSC (...) y examinar de qué manera pueden complementar la gobernanza pública, en lugar de reemplazarla»

El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global (OIT, 2017)

EXTRACTO

El Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, tiene como objeto adaptar la Directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE, en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, al ordenamiento jurídico español. Esta directiva establece la necesidad de aumentar la transparencia de la información social y medioambiental (políticas de responsabilidad social corporativa) facilitada por las empresas de todos los sectores. La norma comunitaria deja la posibilidad de que los Estados miembros exijan mejoras en la transparencia de la información no financiera de las empresas, concibiendo estas políticas como un esfuerzo continuo de mejora social y laboral de la gobernanza corporativa. Sin embargo, el Estado español ha elegido una opción reguladora restrictiva que pone en duda no solo el contenido de las nuevas obligaciones de transparencia y diversidad sociales y laborales, sino también la eficacia jurídica y práctica. Por lo tanto, deviene mero «derecho débil» o «líquido», esto es, escasamente vinculante (*Soft Law*).

Palabras clave: responsabilidad social corporativa; gobernanza societaria; gobernanza del trabajo; diversidad; transparencia no financiera.

Fecha de entrada: 22-12-2017 / Fecha de aceptación: 22-12-2017

«Social and labor obligations» of «good corporate governance» for big companies: Incentivize or (only) normalize transparency and diversity policies at work?

Study of Royal Decree-law 18/2017, of November 24, which modifies various corporate regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups

Cristóbal Molina Navarrete

ABSTRACT

The Royal Decree-law 18/2017, of November 24, aims to adapt of Directive 2014/95/EU, of The European Parliament of and the Council, 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups in the Spanish Business Law. The Directive 2014/95/EU identified the need to raise to a similarly high level across all Member States the transparency of the social and environmental information (corporate social and labor responsibility policies) provided by undertakings in all sectors. This is fully consistent with the possibility for Member States to require, as appropriate, further improvements to the transparency of undertakings' non-financial information, which is by its nature a policy of continuous improvement. The Spanish State has chosen the most restrictive regulatory option. Therefore, it questions the content of the new obligations of transparency and diversity, social and labor, but also weakens the legal and practical effectiveness of the corporate obligation. This becomes pure soft law (non-binding right).

Keywords: corporate social responsibility; good corporate governance; labor governance; diversity; non-financial transparency.

Sumario

1. Introducción: diálogo y conflicto entre la gobernanza del trabajo y la gobernanza societaria para un desarrollo sostenible
2. Contextos y pretextos de la reforma: el nuevo marco comunitario de transparencia y de prevención de «riesgos de malestar social»
 - 2.1. ¿Aprendiendo del pasado?: un nuevo marco normativo de transparencia y equidad socioambiental para un mejor gobierno corporativo poscrisis
 - 2.2. Más allá de la transparencia (obligación instrumental): el deber de prevención de los riesgos de sostenibilidad ambiental y social de los nuevos modelos de negocio
 - 2.3. El conflicto entre lo aspirado (prometido) y lo actualizado (regulado): los riesgos de usos estatales no ponderados de la flexibilidad reguladora comunitaria
3. Nuevo marco normativo societario de gobernanza sociolaboral de las grandes corporaciones: puntos críticos de un modelo regulador débil
 - 3.1. «Vicios» del instrumento de trasposición: una norma extemporánea y unilateralista
 - 3.2. «El tamaño importa»: ¿quiénes son los sujetos societarios «obligados»?
 - 3.3. ¿De qué hay que informar?: el genérico y abierto contenido de la obligación legal de transparencia sociolaboral y ambiental en las empresas (de grupo)
 - 3.4. ¿Nuestro «gozo en un pozo»? sin «auditorías» ni «sanciones» no hay obligación jurídica seria
4. Alguna reflexión conclusiva: lo que puede ser pero aún no es

Referencias bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN: DIÁLOGO Y CONFLICTO ENTRE LA GOBERNANZA DEL TRABAJO Y LA GOBERNANZA SOCIETARIA PARA UN DESARROLLO SOSTENIBLE

Fuera del día a día del mundo del trabajo, en este tiempo de convulsión (piénsese, p. ej., en lo que supondría que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– termine rectificándose en su polémica doctrina Diego Porras, según le propone nada menos que una de sus más prestigiosas abogadas generales –[Conclusiones del asunto Montero Mateos, C-677/16](#)–), el principal debate sobre el mismo se satura en torno al desafío lanzado por la OIT en torno a cuál será el «futuro del trabajo». Con ello trata de mediar entre «el trabajo que nos espera» –nada halagüeño– y el «trabajo que queremos» –naturalmente mucho más favorable–. Aunque el hito jurídico-institucional que lo propicia es el centenario de la OIT (creada en 1919) y su gran lema «el trabajo [lo humano] no es una mercancía [es decir, no sería un recurso productivo más]», detrás está la inquietud por el impacto, cuantitativo (destrucción-renovación de empleos) y cualitativo (devaluación-renovación de reglas reguladoras), que tendrá el actual proceso de transformación digital de la sociedad, la economía y, por ende, del trabajo. El impacto de la nueva «revolución tecnológica» (la llamada Industria 4.0) sería una de las principales líneas transversales que atraviesan todo el debate, proyectándose, de diverso modo, en las llamadas «cuatro conversaciones» en que se ha articulado, algo artificialmente, todo el debate («trabajo y sociedad», «calidad y cantidad de empleo», «organización del trabajo y de la producción», «gobernanza del trabajo»). Todo a fin de que dicha transformación digital asegure una «transición justa», esto es, sostenible, no solo en el plano económico sino sobre todo ambiental y, por lo que aquí interesa más, social.

El informe de la OIT (2017), «[El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global](#)», así lo refleja. Desde esta visión de sostenibilidad integrada, coherente, entre «lo económico», «lo ambiental» y «lo social», resultará de interés el recordatorio, en la conversación sobre trabajo y sociedad, de actualizar, más allá de los deseos píos, los [Objetivos del Desarrollo Sostenible](#) de la ONU (2015). Entre ellos (17), destaca el relativo (n.º 8) a la promoción de modelos de crecimiento económico basados en el paradigma del trabajo decente (pleno empleo decente). Como atinada es la reflexión, expresada en relación con la gobernanza del trabajo, que vincula la suerte del futuro del trabajo a las acciones humanas y no tan solo a una suerte de neodeterminismo tecnológico (digitalización).

Pues bien, frente a esta perspectiva más integral, se suele olvidar –o infravalorar– que tan «gran partido social» (este sí del siglo –XXI–, no los que habitualmente se entienden por tales en la opinión publicada) no solo se juega en «campo propio» (lo que podemos resumir como la gobernanza del trabajo) sino también en «campos jurídicos ajenos» (sectores de regulación legal diferentes al laboral y de Seguridad Social). Así sucedería en el societario –en virtud de las políticas y modelos de gobernanza societaria– o el administrativo –a través de las políticas y modelos de compra pública–, por poner solo dos ejemplos recientes intrincados con nuestro tema de análisis. Si nos ceñimos

a la «más rabiosa» actualidad judicial, de nuevo habría que volver la mirada a ese protagonista absoluto en el que aparece el nuevo *praetor imperator* europeo, el TJUE, en virtud de la conocidísima doctrina UBER SPAIN (de nuevo España marca un hito jurídico mundial, como ya sucedió con el mítico –en su doble sentido de trascendental y de legendario, más que real– «derecho al olvido»).

Como se sabe, en ella (STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15) se ventiló un asunto netamente económico-mercantil: si UBER era o no una intermediaria tecnológica o, como ha resultado, una empresa de transportes, con las importantísimas consecuencias para la economía y la sociedad que se derivan de esa gran diferencia. Pero, si bien leída, también nos ha dado una profunda señal jurídico-laboral en torno a cómo ha de entenderse el modelo de organización del trabajo en esta tipología de empresas de la «Gig economy»:

A mayor abundamiento, UBER ejerce una influencia decisiva [¿hemos de entender que un poder de dirección digital de empleador *ex art.* 20 ET?] sobre las condiciones [¿no podemos, y debemos, leer también laborales?] de las prestaciones efectuadas (...) Sobre este último punto, consta en particular que UBER, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo [¿no estará diciendo que es salario y que, por lo tanto, no puede ser un conductor no profesional, pues la empresa es típica de transportes?] y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores [¿esto no se ha llamado siempre poder de control por el empleador, aunque ahora sea en términos de dependencia digital?], lo que, en su caso, puede entrañar la exclusión de estos [¿estamos ante un auténtico despido?] (apdo. 39).

Su oportunidad para el debate en torno al carácter de genuinos autónomos (enfoque formal) o de «falsos autónomos», esto es, asalariados (enfoque material) en el ámbito de las empresas-plataformas digitales es manifiesta. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) española, en particular la valenciana, verá con buenos ojos esta señal, pues alienta su batalla por la calificación de laboral¹. A mediados del mes pasado, la ITSS valenciana levantó un acta de infracción de normas laborales –y otra de liquidación de cuotas de la Seguridad Social– a Deliveroo, vista como otro gran referente de las empresas con modelos de organización digitalizada, por no dar de alta como asalariados a varios trabajadores a los que mantenía en su condición de autónomos (y/o autónomo económicamente dependiente o *traude*). Ha de tenerse en cuenta que, como en materia de huelgas en los servicios públicos², la decisión –aunque sea para Deliveroo, no para UBER– no afectará solo a las partes contractuales, sino que está en juego un mercado

¹ Para una cumplida síntesis, con datos de actualidad social y judicial, *vid.* la entrada en su blog del profesor Eduardo Rojo <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/12/el-caso-deliveroo-valencia-importa-la.html>>.

² También conocimos en el mes de diciembre un singular auto judicial del Juzgado de lo Social n.º 10 de Madrid que paralizaba cautelarmente la huelga declarada por los controladores de seguridad privada en el Aeropuerto de Barajas, precisamente primando «el interés general de los usuarios» –masivos en esas fechas– sobre el colectivo, propio del «derecho de huelga». *Vid.* <<http://www.elmundo.es/economia/2017/12/20/5a3a5b2a46163f41158b460e.html>>.

interés social, también de los consumidores (que ven cómo estos servicios de transporte no solo reducen notablemente el precio, sino también incrementan su calidad, por lo que una norma de justo equilibrio determinará la equidad sociolaboral, pero también la equidad prestacional –libertad de competencia leal y mejora de servicios públicos–).

Cierto, el TJUE no siempre es «héroe», a veces también se vuelve «villano», aunque un papel protagonista u otro no es siempre fácilmente separable. Depende del punto de vista de quien realice la valoración (seguro que la abogacía de empresa lo ve de un modo y la abogacía de trabajadores de otro) e, incluso, a veces puede pasar poco tiempo entre un calificativo y otro (como puede suceder con la doctrina de Diego Porras si finalmente se desdice el TJUE, lo que me cuesta creer, pese a las albricias lanzadas desde un sector y los lamentos ya auspiciados por «los otros»). Tampoco es siempre tan innovador ni tiene una visión tan integral de la protección de los contratantes débiles (pese a que al carecer de especialistas en varias ramas se limite a menudo a planear sobre principios jurídicos). Bastará para ilustrarlo la cita (en el número de marzo de esta revista será adecuadamente analizada por una autora especialista en la materia) de la [STJUE de 14 de diciembre de 2017, asunto C-243/16](#).

La resumimos brevemente. Un juez de lo social catalán (perteneciente a esa nueva, y por mí admirada, aunque también les dedique críticas por excesos, «elite jurídico-cultural» que se ha rebelado, con causa social suficiente, en más de una ocasión, contra la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, precisamente por entenderla más inspirada en «un alma económica» que en «un alma social») plantea cuestión prejudicial, convencido de lo «injusto» que sería que todo «acreedor societario» pueda pretender la satisfacción de sus créditos contra la sociedad y contra los administradores societarios, de hecho o de derecho, en el mismo proceso, mientras que los acreedores laborales deberían verse abocados a un peregrinar de jurisdicciones: al juzgado de lo Social, interesando el reconocimiento de su crédito; ante la jurisdicción civil/mercantil para conocer de las demandas de responsabilidad solidaria contra el administrador (en el silencio legal, la jurisprudencia civil –[STS 455/2017, de 18 de julio](#)– ha incluido también las deudas laborales, no solo las comerciales, en el art. 367 [Ley de Sociedades de Capital](#) –LSC–). Si bien las conclusiones del abogado general parecían mostrarse más comprensivas, abriendo la puerta a una intervención del juez nacional en orden a indagar si, en la realidad, existía o no ese trato peyorativo para el acreedor laboral, el TJUE cierra toda posibilidad de equiparación. La cuestión prejudicial buscaba una mejora de la posición procesal del trabajador con base a directivas societarias (concretamente la [2009/101/CE](#) y [2012/30/UE](#) y su trasposición nacional).

Pero no pretendo ahora un análisis de actualidad jurisprudencial, sino una crónica y una crítica de actualidad legislativa. Sin perjuicio de tener estos referentes judiciales de última hora como reseñables para comprender el alcance mayor de la reforma legislativa que aquí se analiza, se trata de reclamar la atención sobre los contenidos sociolaborales más significativos que presenta el [Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre](#), cuyo larguísimo título reza así: por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. La norma

gubernamental de valor legal vendría urgida –por eso su forma– por el imperativo de trasponer la [Directiva 2014/95/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de «información no financiera» y «sobre diversidad» por ciertas grandes empresas y determinados grupos (societarios o empresas de grupo societario).

Como bien aclara la extensa y procelosa exposición de motivos (EM) de la norma legal, el nuevo marco jurídico-comunitario sobre políticas societarias de transparencia no financiera y de diversidad enfatiza, junto a los «factores ambientales», cada vez más presentes en las leyes económicas, «los factores sociales» y, entre ellos, enumerados ampliamente y no de manera cerrada, presta especial atención a las «políticas de gestión de la diversidad sociolaboral» de competencias y puntos de vista que apliquen, no solo, pero sí especialmente, «a su órgano de administración respecto a cuestiones como la edad, el sexo, la discapacidad, o la formación y experiencia profesional». El año 2017 lo cerramos con un sugerente análisis de actualidad sobre el alcance sociolaboral de la nueva Ley de Contratos del Sector Público –LCSP– ([Vallecillo, 2017, pp. 179-205](#)), que promueve un nuevo modelo de compra pública socialmente orientada, donde las «cláusulas sociales y/o laborales» tengan un papel más estelar, aunque nada pacífico (en temas tan trascendentales y críticos como el alcance de la preferencia del convenio de sector frente al de empresa, creando una excepción, o no, al [art. 84.2 del ET](#); o las garantías en caso de subrogación empresarial y la integración, o no, del personal subrogado en las empresas entrantes; o las reservas de cuotas de mercado público para empresas de inserción...). Este año, iniciamos la sección de análisis de actualidad –por lo general legislativa– sociolaboral con una sucinta, pero espero que ilustrativa, glosa crítica –mucho– de lo que podríamos denominar también las «cláusulas sociales» de la «gobernanza corporativa» de las «grandes empresas societarias».

Esta referencia a la especificidad de los sujetos de las «nuevas obligaciones» jurídico-societarias de naturaleza sociolaboral (deberes de transparencia informativa y de gestión razonablemente adaptada de la diversidad biológica y social de las plantillas) nos desvelaría un ámbito subjetivo reducido, demasiado. No tenía por qué haber sido así necesariamente. Veámoslo.

2. CONTEXTOS Y PRETEXTOS DE LA REFORMA: EL NUEVO MARCO COMUNITARIO DE TRANSPARENCIA Y DE PREVENCIÓN DE «RIESGOS DE MALESTAR SOCIAL»

2.1. ¿APRENDIENDO DEL PASADO?: UN NUEVO MARCO NORMATIVO DE TRANSPARENCIA Y EQUIDAD SOCIOAMBIENTAL PARA UN MEJOR GOBIERNO CORPORATIVO POSCRISIS

Como sintetiza el referido informe inicial de la OIT (2017) relativo al «futuro del trabajo», en el debate sobre la «gobernanza del trabajo» (sujetos, instrumentos y procesos de regulación del

trabajo), dos cuestiones, al menos, centralizan el análisis. De un lado, cómo puede responder eficazmente la sociedad a la erosión de los marcos, las normas y las instituciones establecidas para regular el trabajo (remercantilización del trabajo). De otro, si es necesario introducir nuevos sujetos, instrumentos y procesos de regulación o bastaría con un diferente reparto del papel de los que han venido protagonizando hasta ahora el marco regulador, heterónimo y autónomo (convencional, contractual y autorregulación por «responsabilidad corporativa») a fin de afrontar los retos. En todo caso, parece ya asumirse un nuevo papel de los Estados en la configuración del futuro (regulador y de modelos de gestión) del trabajo para promover una mayor colaboración de aquellos con los empresarios –también con los representantes de los trabajadores, en especial los sindicatos– a la hora de acomodar, dentro de las (nuevas) instituciones e instrumentos para la gobernanza del trabajo en el futuro, los *modelos voluntarios de autorregulación societaria socialmente responsable*³.

Sin necesidad de adentrarnos mucho en esta densa jungla de temáticas y herramientas asociadas al evanescente mundo de la «responsabilidad social corporativa» (RSC) o empresarial, en el trasfondo de este debate está la convicción de que siendo las reglas de mercado las que gobiernan el trabajo avasalladoramente, resulta necesario un movimiento interno, desde el propio gobierno corporativo, que lo contrarreste. En la gran crisis de 2007 aparecen determinantes las políticas y los modelos de gobierno corporativo más nocivos, basados en la defensa a ultranza del puro beneficio económico, a fin de acrecentar en los grupos económicos el interés por las inversiones financieras y en los accionistas el afán por el reparto de beneficios. Completamente al margen quedó el impacto ambiental y social general (el malestar social general como precio asumible del incremento exponencial del beneficio especulativo). Frente a ello, la gobernanza económica de la Unión Europea (Comisión Europea) propondrá una triada de normas (directivas) dirigidas a crear un nuevo y pionero marco normativo en el que se desarrollen tanto la transparencia integral de las sociedades de mayor impacto como el beneficio social –ambiental y fiscalmente– responsable.

La inicial ambición reguladora es manifiesta, aunque en el proceso, siempre complejo y difícil, de actualización normativa se haya ido dejando numerosos «pelos en la gatera». En un vértice del triángulo regulador está la directiva dirigida a una lucha más eficaz contra la elusión fiscal sangrante padecida en los nuevos escenarios económicos, más destacada para empresas de fuerte componente digital. Su fin es, además de una mayor transparencia fiscal, restablecer *la confianza en la equidad de los sistemas fiscales y permitir a los gobiernos ejercer de forma eficaz su potestad tributaria*⁴. En última instancia, promueve el diseño y la puesta en práctica de sistemas nacionales más eficaces para «prevenir los riesgos de erosión de la base imponible y de traslado indebido de beneficios (BEPS)» (repárese que paralelamente tales prácticas devaluaron o erosionaron las bases de cotización social y los niveles salariales). De nuevo, el TJUE será protagonista

³ Vid. [Estrategia Española de Responsabilidad Social 2014-2020](#) (2015). Para el desafío jurídico, Fernández, J. A. y Gala, C. (2009).

⁴ La [Directiva 2016/1164/UE](#) tiene por finalidad reforzar el nivel medio de protección de los Estados contra la planificación fiscal abusiva en el mercado interior y evitar la doble imposición (plazo máximo de trasposición, sin perjuicio de la previsión de normas transitorias para las medidas del art. 4, hasta el 31 de diciembre de 2018).

en virtud de la denuncia que la Comisión se ha visto obligada a realizar contra Irlanda porque se niega, de manera incomprensible, a exigir a uno de los colosos multinacionales de la era digital, Apple, nada menos que 13.000 millones de euros.⁵

En otro vértice de este nuevo marco triangular de transparencia no financiera y buen gobierno corporativo estaría la más reciente [Directiva \(UE\) 2017/828](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo del 2017, por la que se modifica la [Directiva 2007/36/CE](#) en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas⁶. Se trata, en apretada síntesis, de una reforma del régimen de accionistas en la sociedad cotizada que es consecuencia directa de las malísimas experiencias vividas durante la crisis de 2007 y sus nefastos efectos económicos y sociales. Se busca aquí reforzar la transparencia y el papel de los accionistas a largo plazo en el marco de un nuevo modelo de gobernanza corporativa.

Pues bien, en la base de ese triángulo normativo de nuevo cuño, la primera pieza que se aprobó fue la citada [Directiva 2014/95/UE](#), de divulgación no financiera y diversidad, que representaría –en el diseño, otra cosa es cómo ha quedado en la práctica, más restrictiva– el instrumento regulatorio más relevante de la Unión Europea, desde la vertiente sociolaboral, en materia de transparencia corporativa societaria. La norma comunitaria persigue incentivar no solo políticas sino modelos de negocio ético-socialmente sostenibles y viables, en la clara convicción de que fueron los modelos y políticas contrarios, carentes de toda ética social, los verdaderos determinantes de la crisis financiera de 2007 y de la que se derivaría la posterior solución a la misma, basada en la devaluación de las condiciones de vida, de trabajo y de bienestar social. Reflejaría, por tanto, una nueva forma de concebir la transparencia societaria (corolario necesario de un nuevo modo de gobernar la actividad económica) que deja de ligarse a puras exigencias financieras y accionariales para integrar un concepto más integral, pero más evanescente, como es el de RSC (y/o empresarial).

2.2. MÁS ALLÁ DE LA TRANSPARENCIA (OBLIGACIÓN INSTRUMENTAL): EL DEBER DE PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL Y SOCIAL DE LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO

La pretensión de la directiva de transparencia socioambiental, no obstante, va más allá del principio de integración de la información no financiera en los informes de gestión de las gran-

⁵ Vid. <<https://www.eflegal.com/efe/espana/economia/la-ce-denuncia-a-irlanda-ante-el-tjue-por-no-recuperar-13-000-millones-de-apple/10003-3398476>>.

⁶ Los Estados miembros tendrán hasta el 10 de junio del 2019 para trasponerla al derecho interno. La directiva afecta a sociedades cotizadas, gestoras de fondos, intermediarios, depositarios y *proxys advisors*. Pone el énfasis en torno a elementos, entre otros, como el derecho de las empresas cotizadas a conocer la identidad de sus accionistas (que supone la coordinación de gestoras, comercializadores y depositarios, entre otros), el derecho a ejercer el voto por parte de los accionistas, la obligación de los grupos que están en Bolsa de fijar una política de remuneración de los directivos que alinee sus incentivos con la estrategia de negocio, que deben ser aprobadas por los accionistas.

des corporaciones societarias, en particular de grandes grupos nacionales y europeos. Como la EM del [Real Decreto-ley 18/2017](#) resaltarán de inmediato, el objetivo principal de la directiva es incentivar un sistema de alertas y correcciones de los «riesgos para la sostenibilidad» no solo económico-financiera de esos grandes actores económicos (algunos, en especial los financieros y en España en el sector inmobiliario, responsables de la gran recesión mundial de 2008), sino también ambiental y social. Por tanto, la nueva obligación legal de buen gobierno societario en materia de transparencia integral (ambiental y social y/o laboral) aparecerá, en el fondo, solo como una garantía instrumental (en general los derechos de información tienen, aun reconocidos como derechos fundamentales, esa dimensión) de una obligación de fondo: convencer de una forma efectiva al conjunto de colectivos afectados por los nuevos modelos de negocio de que, con su búsqueda del mayor beneficio económico posible, no arriesgan los derechos ecológicos y de bienestar laboral y social reconocidos y garantizados por las normas superiores de sus Estados y organizaciones internacionales. En consecuencia, el fin a tutelar realmente es la protección de la confianza legítima de consumidores, inversores, trabajadores y demás colectivos sociales, así como de los poderes públicos, mediante la prevención de los riesgos de malestar social (incluido el ambiental) eventualmente asociados a los modelos de crecimiento preocupados únicamente por el incremento del beneficio económico.

De ahí que la [Directiva 2014/95/UE](#) amplíe el contenido exigido en el informe anual de gobierno corporativo que deben publicar las sociedades anónimas cotizadas, en aras de una mejora no solo de la transparencia sobre el modelo de organización empresarial, así como de sus negocios, sino del compromiso de RSC de las empresas. El rendimiento de las empresas no puede basarse en una devaluación de las condiciones de vida y de trabajo de las personas que prestan servicios en ellas, ni en el deterioro o erosión del ecosistema en que se instalan, por lo que el nuevo marco de transparencia integral se pondría al servicio de un modelo de negocio equitativo y coherente entre la persecución del –necesario– beneficio económico y el respeto –no menos obligado– del bienestar social del conjunto de colectivos sociales afectados. A la gran extensión del ámbito informativo no financiero ha de añadirse, en su ambición –muy traicionada en su cuerpo regulador–, el enfoque eminentemente preventivo.

El fin buscado (en sede de discurso solemne y ético-jurídico) es el de la «prevención» de todo «riesgo de efecto adverso» (en lo ambiental y en lo social, incluidas las condiciones de trabajo del personal) que pudiera derivarse de las actividades y modelos de negocio de las empresas o que «puedan vincularse» a ellos. Para evidenciar la enorme ambición del diseño normativo, en línea con los modernos marcos de garantía de cumplimiento de normas, no ya solo las penales (*profesional compliance program*), también se incluirían, eso sí, «cuando sea pertinente y proporcionado», las «cadenas de valor» (suministro y subcontratación).

Las conexiones, pues, entre este nuevo marco estratégico comunitario de gobernanza corporativa basada en la prevención de los riesgos de mayor malestar social y laboral (además de ambiental) y los de gobernanza de trabajo, así como de las estrategias de empleo, nacional y comunitaria, parecen manifiestas. ¿Acaso cabría también reconocer la precariedad laboral, reconocido como uno de los riesgos sociales más negativos en el [Real Decreto 1032/2017, de 15 de](#)

diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020, como uno de los riesgos que habría que evitar en ese nuevo marco de políticas de buen gobierno corporativo, asociando la dimensión pública con la privada en esta diferente versión, más profunda que la tradicional –de implicación de sujetos intermediarios en la colocación–? Con la referencia a las cadenas de valor, además de la trascendental cuestión de la mejora de la seguridad y salud de todos los trabajadores, también de los de las empresas subcontratadas, ¿no quedaría también incluido cualquier riesgo sociolaboral asociado a la externalización tan extrema de la actividad de empresa? La mejora efectiva de la calidad del empleo (además del bienestar social) parecería tener cabida aquí, en toda su dimensión, como en la [LCSP](#).

Este nuevo imperativo de información integral, no solo sobre los resultados financieros y económicos (principio de rendimiento o beneficio), sino también sobre los resultados, reales o potenciales, de índole social y/o laboral (además de ambiental, más normalizada), pondría de relieve una evolución normativa coherente con las demandas sociales que hacen de aquella un «valor» que cotiza al alza –también en los mercados–. De acuerdo con los últimos informes de las entidades –siempre privadas– más reputadas en este ámbito, el número de usuarios de las denominadas «plataformas de información ASG» (ambiental, social y de buen gobierno) ha experimentado crecimientos exponenciales⁷, como nos resume el [estudio de Forética y Bankia \(2017\)](#).

Precisamente, el estudio auguraba un momento histórico, por ser la primera iniciativa internacional creadora de un auténtico marco jurídico obligatorio para las políticas de información societaria no financiera, especialmente ambiental y social. Pese a su importancia y carácter pionero, para la mayor parte de las (grandes) empresas españolas potencialmente obligadas por el nuevo marco regulador no sería ningún problema, porque estarían bien «preparadas» para su entrada en vigor (p. 7). Por lo tanto, el paso hacia la obligatoriedad jurídica (según un modelo de débil juridicidad, como veremos) no significaría gran cosa en la práctica, más allá de abrir una nueva fase de expansión de estas políticas de RSC formalizadas en sus *Memorias Anuales de impactos AGS*, con especial atención ya en ellas a la igualdad, la diversidad, la prevención de la corrupción o su actuación en materia de derechos humanos (Baztán y Viegas, 2014). Tratando de poner concreción numérica a la iniciativa, la Comisión estimó que en torno a 6.000 empresas deberán cumplir la norma, 600 de ellas españolas. El dato definitivo dependería de cómo se concretara este aspecto en la ley de trasposición, en especial qué se consideraría entidades de interés público, según Ley de Auditoría de Cuentas ([Ley 22/2015, de 20 de julio –LAC–](#))⁸.

⁷ Por ejemplo, se habrían multiplicado por 8 los inversores que las utilizan; más de 20.000 fondos de inversión y ETF (fondos cotizados en Bolsa) contarían con ellos. El número de informes de sostenibilidad publicados en Europa ha crecido a razón del 24% desde 2005 (2.000 empresas al año), según el modelo GRI (*Global Reporting Initiative*).

⁸ El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas ha liderado todo el proceso de trasposición, iniciado con un anteproyecto de ley. El impulso ha sido en sentido restrictivo y algo cerrado, como veremos, no obstante pese a haber abierto un periodo breve de consulta pública.

2.3. EL CONFLICTO ENTRE LO ASPIRADO (PROMETIDO) Y LO ACTUALIZADO (REGULADO): LOS RIESGOS DE USOS ESTATALES NO PONDERADOS DE LA FLEXIBILIDAD REGULADORA COMUNITARIA

Como tantas otras veces, la desmedida ambición de los fines comunitarios vive una realidad mucho más mediocre, incluso contraproducente, en sus prácticas. La característica flexibilidad de regulación armonizada de las directivas dejaba un amplio margen de decisión a los Estados, ya sea de clarificación de algunas de las zonas de sombra del texto comunitario cuanto de mejora reguladora incremental. Y así se abrían importantes momentos de trasposición discrecional. Por ejemplo, en el ámbito aplicativo (sujetos obligados) y sus contenidos (materias de información no financiera); o el nivel de exigencia de la nueva obligación de transparencia (divulgación de información socioambiental), así como de promoción o incentivo eficaz de la nueva obligación de fondo presupuesta y primaria (la elaboración y la puesta en práctica de políticas de gestión de la diversidad biológico-social, en especial en los órganos de gobierno societario, pero no solo), respecto de la cual la obligación de transparencia sería instrumental. Del margen de autonomía que se siguiese dependería que la norma nacional tuviese solo un sentido de trasposición formal, normalizadora de la práctica previa de una élite empresarial o de regulación garantista, frente a la voluntariedad, y promocional, más allá de aquella élite.

Así planteado –en el plano del discurso y de los principios teóricos que animarían el nuevo marco normativo de resocialización de la gobernanza mercantil de las corporaciones societarias–, sería innegable la trascendencia de la reforma, en cierto modo también con una lógica compensadora –y correctora– del citado proceso de remercantilización de la gobernanza del trabajo. El problema será, una vez más, perpetuando el maleficio del proyecto europeo, que el discurso –ilusionante– luego no va seguido de prácticas que la ciudadanía (en general, y laboriosa en particular) perciba como propias, sino más bien todo lo contrario. El resultado final de este proceso de trasposición y la manera en que esta normativa podía impulsar no ya solo la transparencia de aspectos ASG en las empresas, sino la inclusión de políticas de responsabilidad socioambiental y laboral, a fin de generar mayor valor, para estas empresas y la sociedad en su conjunto, son muy inciertos. La razón estriba en la dependencia tan extrema de la opción nacional: el óptimo requiere un equilibrio adecuado entre exigencia normativa y voluntariedad de acción.

Los procesos de trasposición seguidos y culminados en otros países (hemos sido los últimos) ofrecían una valiosísima información para aprender qué aspectos resultan más claves a la hora de trasponer la directiva y qué aprendizajes extraer de los mismos a fin de obtener la mejor opción, aprovechando esa experiencia previa. ¿Cuál habrá sido la opción que ha seguido nuestro Gobierno, pues no ha querido hacer partícipe activo –solo pasivo– al Parlamento? La trasposición extemporánea (el plazo máximo era 6 de diciembre de 2016) no ha supuesto hacer de la necesidad virtud, sino todo lo contrario. Una vez más, no solo vamos lentos, sino por el camino más errático posible, al haberse hecho un uso globalmente exorbitante de la facultad que la directiva deja a la elegibilidad por el Estado de opciones reguladoras.

3. NUEVO MARCO NORMATIVO SOCIETARIO DE GOBERNANZA SOCIOLABORAL DE LAS GRANDES CORPORACIONES: PUNTOS CRÍTICOS DE UN MODELO REGULADOR DÉBIL

3.1. «VICIOS» DEL INSTRUMENTO DE TRASPOSICIÓN: UNA NORMA EXTEMPORÁNEA Y UNILATERALISTA

Los precedentes inmediatos auguraban una regulación más comprometida del marco normativo nacional de transparencia no financiera (socioambiental), tanto en su intensidad jurídica como en su ámbito aplicativo. España no solo contaba con experiencia anticipatoria, sino que había mejorado el modelo normativo de gobierno corporativo (2014: se modificó la LSC; 2015: nuevo Código de Buen Gobierno) de las grandes empresas. Ahora era el tiempo de promover un nuevo marco normativo para fomentar el deber de transparencia integral, axial en el sistema, a fin no solo de consolidar y mejorar aquella práctica, sino de impulsarla en aquellas organizaciones que todavía no se hubiesen sumado. Y ello para incrementar de manera notable «el gran potencial de generación de valor» para estas corporaciones y sus diferentes «grupos de interés» (inversores, accionistas, trabajadores, consumidores y, en general, la sociedad, más próxima y más global) y también por su «efecto tractor» para la red que suele articularse en torno a tales estructuras corporativas, esto es, la entera «cadena de valor», en virtud del poder de influencia de la sociedad matriz (o de la empresa principal en el caso de las estructuras de red, hoy más difundidas).

En este contexto era razonablemente de esperar un modelo de transposición flexible, no rígido, y sustantivo, no formal. La experiencia previa exigía un mayor impulso y, sobre todo, una garantía fiable de que la obligación instrumental (deber de transparencia no financiera) se ponía al servicio de la obligación sustantiva (deber de implementación de políticas de gestión eficaz de la diversidad biológico-social y personal de la organización, en toda su complejidad estructural, también grupal y/o reticular). Un debate parlamentario serio y sosegado hubiese podido ayudar a actualizar ese modelo innovador y cualitativo de trasposición. Como se sabe, no ha ocurrido así, más bien todo lo contrario.

Perpetuando un modelo autoritario (unilateralidad de decisión gubernamental) de regulación, se acude de manera forzada al instrumento del «real decreto-ley», con una única justificación: la amenaza, una vez más (ya sucedió, por ejemplo, con la regulación del trabajo de estiba portuaria, tratado de una forma prolífica en diversos números de esta revista), de una sanción económica comunitaria por haberse desentendido de la transposición. La amenaza es real (se había producido requerimiento formal de la Comisión –Dictamen motivado 2017/0084, de 14 de junio–), cumpliéndose el aval constitucional (STC 1/2012, de 13 de enero). Pero el carácter viciado, y muy peligroso para el principio democrático, de la situación también, porque supondría legitimar que un Gobierno demore hasta el máximo de tiempo –fecha final de la moratoria– su compromiso de trasposición en la confianza de que el solo retraso –creado por él– habilita para la acción unilateral, obviando sistemáticamente el papel de los Parlamentos nacionales en la vida

de la adecuación del Derecho nacional al Derecho de la Unión Europea. Ni se trata de una especulación ni de algo ocasional, y eso debería mover a una reflexión profunda, también del propio Tribunal Constitucional a la hora de legitimar esta práctica.

La Comisión, que lo registra estadísticamente todo, ha desvelado que España presenta un déficit de trasposición del 2,4 %, prácticamente un punto por encima de la media europea (1,5 %), esto es, casi el doble, con 47 expedientes abiertos de infracciones (uno de ellos en relación con la trasposición de la directiva de contratación temporal en el empleo público). Y no es algo episódico, ni tampoco puede vincularse a ningún color político (en precedentes etapas de gobierno socialista también se produjeron altas puntas de incumplimiento, superando la cifra de 110 en 2005 o en 2007). No obstante, sí es cierto que en los últimos años se ha abierto esta vía de elusión del papel del Parlamento nacional en la trasposición de directivas con el fácil expediente de dejar vencer el plazo máximo y esperar al requerimiento formalizado (vía ejecutiva, no voluntaria), con lo que no solo se ganaría tiempo, sino también se reforzaría el papel del poder ejecutivo, en detrimento del Parlamento.

La deficiencia ya es estadísticamente relevante. Por eso se debería utilizar la prueba estadística y la ponderación más precisa y concreta de circunstancias antes de avalar esta mala práctica de gobernanza política, para evitar que se convierta en pura excusa de «mal pagador», aquí mal cumplidor. Y es que mal puede creerse en las normas que presuponen las virtudes de las prácticas de buen gobierno corporativo si se elaboran sobre malas prácticas de regulación legislativa.

Pero el problema es mayor, porque lo que mal comienza suele acabar peor. No solo estamos ante una trasposición injustificadamente extemporánea, sino que es muy deficiente, porque lo más meritorio de todo el texto es la EM, llena de vaguedades y excusas, mientras que su contenido se limita a transcribir la directiva y cuando tiene que decidir qué opción sigue de las abiertas por esta, siempre elige la más restrictiva para garantizar el «efecto útil» de la misma. A mi juicio, no creo que esta deficiencia responda únicamente a «desidia» o desinterés (Ferré, 2017), sino que hay un interés claro en no crear una nueva carga empresarial, no ya a las pymes, que quedan fuera con carácter general –salvo la referencia a las políticas de diversidad de género, según veremos de inmediato–, sino ni tan siquiera a las grandes corporaciones, a fin de que sigan siendo sustancialmente autónomas en la elaboración de sus prácticas, sin que las que no las tengan estén realmente obligadas, como veremos, a introducirlas. Por lo tanto, una vez más, de aquellos «polvos» (mala práctica procedimental) estos «lodos» (malos contenidos de regulación). La reforma nada aclara de los mandatos más imprecisos de la directiva, con lo que se limita a una suerte de «copia, corta y pega» en tres ámbitos del Derecho mercantil. A saber:

- [Código de Comercio](#) (art. 49.5 –información contenida en el informe de gestión–).
- [LSC](#) (arts. 262 y 540, sobre informe de gestión).
- [LAC](#) (art. 35).

3.2. «EL TAMAÑO IMPORTA»: ¿QUIÉNES SON LOS SUJETOS SOCIETARIOS «OBLIGADOS»?

La primera prueba de fuego del compromiso español con este nuevo y prometedor marco normativo de transparencia sociolaboral y ambiental, como acicate y garantía de unas políticas y modelo de gobernanza y actividad corporativas más equitativas y justas en aquellos planos no estrictamente financieros, estaba en la opción por el cambio de sujetos «obligados». La directiva eligió una opción restrictiva; también incoherente o contradictoria. Contradictoria porque se desvía del concepto de «gran empresa» que tiene establecido a nivel general.

Como es sabido, la [Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003, C \(2003\) 1422](#), sobre la definición de microempresas y pymes, fija en 250 el umbral ocupacional mínimo a partir del cual las empresas son consideradas «gran empresa». Por tanto, quedaba bien claro el objetivo de no incrementar las cargas de las pymes, parecía lógico excluir solo a ellas de esta obligación. Sin embargo, la norma final se desvía extremadamente de ese criterio, evidenciando el claro recorte que ha sufrido desde el proyecto originario hasta la versión final, y ha fijado el límite ocupacional en 500 empleados (junto a otros requisitos) para determinar aquellas empresas afectadas por las nuevas obligaciones de información socioambiental. Pero este desmesurado umbral podía ser suavizado por los Estados, como han hecho algunos, con diversas variantes (Suecia, Italia, Dinamarca, Grecia, Eslovaquia).

En España –no solo afecta a empresas y grupos establecidos en España, sino también a las filiales de multinacionales con sede en nuestro país o que coticen en él–, no solo hemos seguido el criterio restrictivo, dominante, cierto, sino que intentando aparentar que se quiere ampliar, se introduce una extrema confusión a la hora de fijar el ámbito subjetivo, porque se mezclan el concepto de «sociedad de capital de interés público» (según la [LAC](#); art. 15 de su [Reglamento](#), conforme a la redacción dada por el [RD 877/2015](#)) con el de «sociedad gran empresa». Por ello, haciendo una lectura sistemática del nuevo artículo 49.5 del [Código de Comercio](#) (y del art. 262.5 [LSC](#)), debemos entender dos grupos de sujetos societarios de interés público obligados, atendiendo a sus dimensiones ocupacionales y a sus volúmenes de activos y/o facturación. A saber:

- Las entidades de *interés público* (art. 15 [Reglamento](#)) con más de 500 trabajadores.
- Las entidades de *interés público* que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos 2 de las 3 circunstancias siguientes:
 - Que el total de las partidas del activo sea superior a 20.000.000 de euros.
 - Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40.000.000 de euros.
 - Que el número medio de trabajadores durante el ejercicio sea superior a 250.

No obstante, el artículo 540.4 c), subapartado 6.º, de la **LSC** tiene una previsión para «entidades pequeñas [plantilla media inferior a 50 trabajadores] y medianas [plantilla media inferior a 250 trabajadores]» de conformidad con la normativa de auditoría de cuentas (art. 3.9 y 10 **LAC**). Así: «únicamente estarán obligadas a proporcionar información sobre las medidas que, en su caso, se hubiesen adoptado en materia de [políticas de diversidad de] género».

Debe tenerse en cuenta que la obligación de información no financiera se establece también a cargo de las sociedades de capitales matrices de un grupo que, siempre de interés público y cumpliendo esos requisitos numéricos, deban formular cuentas consolidadas. En tales casos, los umbrales numéricos se fijarán en el conjunto del grupo, que aparecen como unidad jurídicamente relevante. Una prueba más, por cierto, de la extrema obsolescencia de la jurisprudencia social que reduce su relevancia jurídico-laboral a «severas patologías»⁹. La inclusión en el informe de gestión consolidada integral eximirá a las sociedades del grupo de realizarlo si reúnen por sí los requisitos, siempre que indiquen tal situación (art. 49, nuevos apdos. 7 y 8, **Código de Comercio**). En todo caso, si 2 de los 3 requisitos numéricos previstos desaparecen «durante dos ejercicios consecutivos», o cuando el cierre del ejercicio el número medio de trabajadores empleados no excediera de 500, las sociedades obligadas cesarán de tener que cumplir con ella.

3.3. ¿DE QUÉ HAY QUE INFORMAR?: EL GENÉRICO Y ABIERTO CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE TRANSPARENCIA SOCIOLABORAL Y AMBIENTAL EN LAS EMPRESAS (DE GRUPO)

El nuevo apartado 6 del citado artículo 49 del **Código de Comercio** (y, por remisión formal a él, el art. 262.5 **LSC**) recoge literalmente el contenido de la «obligación» de transparencia no financiera de la directiva, sin añadir ni un aspecto más ni clarificar ni una sola de las materias que en ella aparecen vagas, lo que lleva a pensar que se asume un contenido amplio. La «obligación legal» se concretaría, pues, en el deber de presentar integrado en el informe de gestión (consolidada si se trata de grupos obligados) el «estado de información no financiera» que resulte «necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación de la empresa (de grupo para los informes de gestión consolidados) y el impacto de su actividad», en relación, al menos [se trata, pues, de una lista abierta], con cuestiones tales como (gráfico):

- Medioambientales.
- Sociales.
- Relativas al personal.
- Respeto de los derechos humanos.
- Lucha contra la corrupción y el soborno.

⁹ Cfr. **STS 850/2017, de 31 de octubre**, que declara ajustados a Derecho el despido colectivo del municipio de Isla Cristina; tiene un voto particular que enfatiza el valor de la información para garantizar el derecho de consulta.

Gráfico. Materias afectadas por el nuevo enfoque de transparencia integral ASG



A fin de concretar un poco más este tipo de informaciones, precisa la obligación que tal información incluya, de forma necesaria, una serie de aspectos relevantes relativos al modelo organizativo y de actividad que inciden en aquellos. Así, se dice que deberá incluir:

- Una breve descripción del modelo de negocio del grupo.
- Una descripción de las políticas que aplica el grupo respecto a dichas cuestiones (procedimientos de identificación y evaluación de riesgos y de verificación y control, incluyendo qué medidas se han adoptado). Aquí la norma conecta con las polí-

ticas –obligaciones– de «*compliance*» (cumplimiento normativo). Nacida en nuestro país en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (2015), a desarrollar pronto (mayo de 2018), en el ámbito de la protección de datos personales (mayor cuando se interiorice la nueva doctrina Barbulescu II), evolucionaría hacia un enfoque global (*Global Corporate Compliance*), por tanto también de *Labour Compliance* (Rojas, 2015).

- Los resultados de esas políticas.
- Los principales riesgos relacionados con esas cuestiones vinculados a las actividades de la empresa (en especial de grupo), entre ellas, «cuando sea pertinente y proporcionado» –se crea una situación de incertidumbre, pues se deriva a la valoración de razonabilidad empresarial–, sus relaciones comerciales (cadena de valor), productos o servicios que puedan tener efectos negativos en esos ámbitos, y cómo se gestionan.
- Indicadores clave de resultados no financieros pertinentes respecto a la actividad empresarial concreta. A fin de facilitar su elaboración, fomentando su comparabilidad y sin cargar la obligación con exigencias rígidas, se remite a los estándares más usuales en el mercado, especialmente conforme a la metodología ya recomendada por la Comisión Europea (Comunicación de la Comisión 2017/C 2105/01). La EM hace una completa referencia a las diversas opciones de estandarización de esta información no financiera. En suma, los marcos de referencia para su normalización son no vinculantes y abiertos, en aras de la mayor flexibilidad posible en el cumplimiento de los «obligados».
- Una descripción de la política de diversidad aplicada en relación con el consejo de administración [art. 540.4 c) 6.º LSC]. Aunque la previsión legal afecta a otras variables (competencias, edad¹⁰, discapacidad; nada se dice de la diversidad cultural, pese a las exigencias del TJUE sobre el deber de adaptar el puesto –[STJUE de 14 de marzo de 2017, C-157/15](#)–), realmente se trata de acotarlo a políticas de diversidad de género en los órganos de gobierno de la sociedad (presencia equilibrada de mujeres y hombres). Por lo tanto, y sin perjuicio de la conexión de esta previsión con la más genérica relativa a las «cuestiones de personal», lo cierto es que se trata de una oportunidad perdida de establecer las bases para una política de gestión de la diversidad (laboral, social y cultural) en todo el grupo o empresa grande más innovadora y comprometida.

¹⁰ La gestión de la diversidad de competencias y patrimonios profesionales en atención a la edad (impulso y cualificaciones nuevas de jóvenes; experiencia y saber hacer de los maduros) es uno de los principales desafíos de las empresas españolas, sobre todo de las grandes, que son las que más usan y abusan de la edad como criterio selectivo. Recientemente de interés la [STS 872/2017, de 14 de noviembre](#), que legitima un despido colectivo de solo menores de 50 años (lo habitual es lo contrario). Las grandes empresas deberían ser lugar tanto para «jóvenes» como para «maduros».

Esta cuestión se revela hoy axial. Nos ofrece una visión de acción positiva, que debe ir más allá, pero sin olvidar la erradicación de las discriminaciones por razón de sexo-género, incluyendo la sistémica violencia laboral de género, no solo sexual, lamentablemente hoy de tantísima actualidad (movimiento «Me too»).

Pero volviendo a la visión positiva que quiere ofrecer la nueva regulación, estamos ante una medida de buen gobierno corporativo privada que, en una vertiente más amplia que la sola presencia de más mujeres en los consejos de administración, no solo enlazaría con políticas públicas (eje 4 de los objetivos estructurales de la Estrategia de Activación para el Empleo, aprobada por el citado [RD 1032/2017](#)), sino con relevantes decisiones judiciales. Piénsese en la [SAN 177/2017, de 11 de diciembre](#), que exige aplicar a las empresas de trabajo temporal (forma creciente de externalización de la gestión de la mano de obra) los planes de igualdad de las empresas usuarias (en el caso, el plan de igualdad de *Qualytel Teleservices*). Una vez más, los diferentes marcos normativos deberían actuar de una forma interactiva y recíproca, más que independiente, y obviándose unos a otros, a fin de garantizar y promover un estatuto –aun jurídicamente débil– de grandes empresas que asegure modelos y políticas de gobierno societario responsables socialmente (en paralelo al concepto de beneficio económico socialmente responsable frente al puro beneficio accionarial).

3.4. ¿NUESTRO «GOZO EN UN POZO»? SIN «AUDITORÍAS» NI «SANCIONES» NO HAY OBLIGACIÓN JURÍDICA SERIA

Las personas interesadas en la lectura de este trabajo, sagaces, habrán advertido que a menudo se han ido entrecomillando las referencias a la nueva «obligación» legal o a los «sujetos obligados». Por supuesto no es casual, sino que tiene una estricta intencionalidad, y es la de dejar en evidencia la extraordinaria debilidad de las garantías de cumplimiento efectivo que la acompañan. Y es bien sabido que un derecho –o un deber– vale lo que sus garantías.

A mi juicio, este es el aspecto más criticable de todos los, muchos, que tiene nuestra norma de trasposición. Es cierto que el modelo regulador de la directiva ya responde más bien al paradigma del denominado «*Soft Law*» (derecho flexible o suave), de exigibilidad jurídica débil en última instancia, porque se articula, de un lado, a través de una suerte de «obligación alternativa», y de sentido contrario u opuesto, sobre políticas de RSC, de modo que la sociedad de capital incluida en el ámbito de aplicación puede elegir entre el cumplimiento (obligación primaria) o la inobservancia justificada (obligación alternativa y opuesta), razonando por qué no realiza políticas sobre las cuestiones incluidas. En el caso de las políticas de diversidad de género en los órganos de gobierno corporativo, todavía se diluye más el grado de exigencia, porque bastará con ofrecer una «explicación» de la ausencia de tal política, sin motivación.

Pero esa dilución de la exigibilidad de las obligaciones legales también afecta al modo de cumplimiento del deber de información no financiera. Nuestro Gobierno ha hecho también un uso generoso de la potestad que le brinda la directiva de excluir, si bien solo de forma excep-

cional –concepto jurídico indeterminado que sí acoge la ley nacional– y bajo estrictos límites de procedimiento –que la norma nacional reduce, con lo que incurre en una errada, y peligrosa, trasposición–, la información relativa a «acontecimientos inminentes» o «cuestiones en curso de negociación» cuando su divulgación pueda «perjudicar gravemente a la posición comercial del grupo» (o gran empresa no grupal). La protección prevalente aquí de la razón económico-mercantil sobre la razón social (estándar de transparencia socialmente responsable de la empresa) tiene dos condiciones de legitimidad, una de procedimiento –que se decida de forma justificada por el órgano de administración, entendiéndose que en el ejercicio estricto de sus competencias, como exige la directiva– y otra de fondo –que no perjudique el efecto útil de la obligación: que esa omisión no impida una comprensión fiel y equilibrada de la evolución, los resultados y la situación de la empresa, y del impacto de su actividad–. El riesgo de abuso en el ejercicio de esta potestad de exclusión de la «obligación legal» es manifiesto y, por tanto, la corrección de la misma exigirá un exquisito control de la concurrencia de esas limitaciones legales, así como, sobre todo, de sus presupuestos, esto es, el verdadero carácter excepcional, a fin de evitar que este resquicio de no transparencia socioambiental no se convierta en un socavón formidable, todo un «caballo de Troya», en la regulación, hasta vaciarla de utilidad.

A este respecto, no creo que ni el hecho de la vigencia retroactiva de la norma (entró en vigor el 25 de noviembre de 2017 y afecta al ejercicio 2017) ni tampoco meros motivos de coste del cumplimiento de la misma puedan tenerse como auténticas razones justificativas, ni siquiera explicativas, de eventuales declaraciones de no asunción de tales políticas sociolaborales de buen gobierno empresarial. Como tampoco deberían aceptarse meros «cumplimientos cosméticos», una suerte de «maquillado social».

El problema, agravando la débil fiabilidad jurídica de las obligaciones que se pretenden establecer, es que la ley nacional no solo no fija estándar alguno de razonabilidad suficiente de la justificación, ni siquiera limita el periodo en que cabría dar por razonable la explicación de la ausencia de tales políticas de responsabilidad social, sino que tampoco exige ningún control de auditoría sobre la veracidad, ni de la explicación ni tampoco de la información dada. La norma comunitaria sí prevé la facultad de los Estados miembros de incrementar el grado de exigencia en aspectos como la auditoría de la información no financiera, requiriendo que la información fuera verificada por un prestador independiente de servicios de autenticación normalizada. Pues bien, una vez más, España ha optado por el criterio más restrictivo –y disfuncional, pues, para la eficacia o utilidad del nuevo marco normativo–, a diferencia de otros, como Italia –en el que se exige acta auditora de conformidad material de la información– o Alemania –que prevé el sometimiento voluntario a controles de auditoría, exigiendo la publicación de los resultados, en caso de optar por ese control–. En nuestro sistema, el auditor tan solo tendrá que verificar si se ha incorporado o no la información socioambiental al informe de gestión o, en su caso, si se ha incorporado en este la referencia correspondiente al informe separado previsto, pero sin entrar en análisis de conformidad o no [art. 35. 2 a), párrafo segundo, LAC].

Tampoco hay huella ni señal alguna de sanciones por el incumplimiento de este tipo de obligaciones. Aunque la mayoría de leyes nacionales de trasposición han optado por silenciar esta

cuestión, no faltan ejemplos donde sí se contemplan, bien de forma actual (Italia: prevé sanciones de 20.000 a 100.000 € para los administradores que no cumplan; Irlanda: prevé incluso la pena de prisión), bien de futuro (Alemania y Luxemburgo), para el caso de no dar cumplimiento a lo establecido en la ley. Ciertamente, a mi juicio, el silencio de la ley no debe servir de excusa para eludir la necesaria garantía sancionadora, so pena de devaluar a la nada esta obligación, por lo que entiendo que ha de reconducirse la solución por las mismas vías que se han previsto para el incumplimiento de obligaciones de transparencia financiera.

4. ALGUNA REFLEXIÓN CONCLUSIVA: LO QUE PUEDE SER PERO AÚN NO ES

Después de analizar con cierto detalle los aspectos más relevantes del nuevo marco normativo de transparencia corporativa socialmente responsable, causa perplejidad el poco interés mostrado por nuestro Gobierno respecto de una materia para la que, según todos los informes del sector, las principales grandes empresas españolas iban sobradas. Según un informe de KPMG, España tiene una tasa de transparencia en materia de gobierno, social y ambiental, superior a la media mundial: 85% de los grupos nacionales frente al 73% mundial. Además, sería una práctica madura las «Memorias de Sostenibilidad Integral» o Global (GRI).

Entonces, ¿por qué esa posición tan conservadora y restrictiva respecto de lo que se auspiciaba como histórico paso de consolidación legal del proceso evolutivo de los modelos de autorregulación societaria basados en estándares de la «RSC», es decir, de modelos de organización y negocio que no solo brinden oportunidades de beneficio sino de justicia social en un mundo cada vez más complejo y convulso, también desigual? No alcanzo a hallar razón jurídica, ni social ni económica alguna, por lo que el único espacio en el que podría identificar alguna explicación, nunca justificación, escapa de la reflexión científica y, en consecuencia, prefiero aquí obviarlo (el contraste de este desinterés «nacional» respecto de otros europeos en Ferré, 2017). El Gobierno se ha limitado a convertir en norma legal lo que ya es una práctica corporativa normalizada en los sujetos empresariales destinatarios de la reforma legislativa, manteniendo sus principales rasgos: carácter mínimo, voluntariedad, plena libertad de opción metodológica, sin perjuicio de la recomendación de seguir las pautas que ahora da la Comisión Europea.

Por lo tanto, un tema de enorme significación potencial no tendrá, por ahora, un gran impacto innovador; al contrario, se habría desaprovechado la oportunidad para fomentar estas prácticas más allá no solo de los contenidos sino también del tipo de empresas en las que se viene practicando desde hace años. Sin embargo, el futuro se conduce por otros derroteros y no tardaremos demasiado en hallar nuevas opciones para una regulación más seria y fiable del deber de las empresas, de ciertas dimensiones sin duda, de reorientar sus modelos de negocio en una dirección que permita transiciones más justas entre la modernización económica y la continuidad de los estándares de trabajo decente y bienestar social. Cuando las formas atípicas de empleo, como las denomina la OIT, dejan de ser excepción y se convierten en la norma, se vuelve imperativo reflexionar

conjuntamente, y dialogar globalmente, no ya solo sobre el marco específico que regulará estas formas de empleo, sino también sobre todo aquello que lo explica y promueve, como los nuevos modelos de organización y de actividad, en virtud de la conjunción de factores como la globalización, la digitalización y la hegemonía de la competitividad. Y ello es así porque, si bien no pueden convertirse en exclusivas y, aún menos, excluyentes de la pública –legal, judicial– y de la colectiva –diálogo social, autonomía colectiva–, también la gobernanza privada, en el marco del buen gobierno societario o corporativo, está en condiciones de aportar iniciativas innovadoras y útiles. En suma, el debate de la (buena) gobernanza del trabajo no puede ya desarrollarse al margen del propio de la (buena) gobernanza de las corporaciones societarias, ni este debería hacerlo al margen de aquel. Otro reto de «justo equilibrio» que habrá que ir afrontando progresivamente.

Referencias bibliográficas

- Baztán Hernández, I. y Viegas, M. (2014). *Memorias de sostenibilidad: El nuevo GRI G4, la importancia de la materialidad y los nuevos métodos para informar*. CONAMA (Congreso Nacional de Medio Ambiente). Recuperado de <<http://www.conama2014.conama.org/conama2014/download/files/conama2014/CT%202014/1896711800.pdf>> (Consultado el 22 de diciembre de 2017).
- EFE. (2017). La CE denuncia a Irlanda ante el TJUE por no recuperar 13.000 millones de Apple. <www.efe.com> (4-10-2017). Recuperado de <<https://www.efe.com/efe/espana/economia/la-ce-denuncia-a-irlanda-ante-el-tjue-por-no-recuperar-13-000-millones-de-apple/10003-3398476#>> (Consultado el 22 de diciembre de 2017).
- Estrategia Española de Responsabilidad Social 2014-2020 (2015). Recuperado de <http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/EERSE_WEB.pdf> (Consultado el 22 de diciembre de 2017).
- Fernández, S. (2017). La justicia paraliza la huelga de los controladores de seguridad de Barajas de mañana para evitar un caos. <www.elmundo.es> (20-12-2017). Recuperado de <<http://www.elmundo.es/economia/2017/12/20/5a3a5b2a46163f41158b460e.html>> (Consultado el 22 de diciembre de 2017).
- Fernández Amor, J. A. y Gala Durán, C. (Coords.). (2009). *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferré, M. (2017). Real Decreto-ley 18/2017 sobre información no financiera, tarde y mal. <diarioresponsable.com> (5-12-2017). Recuperado de <<https://diarioresponsable.com/opinion/25624-real-decreto-ley-18-2017-sobre-informacion-no-financiera-tarde-y-mal>> (Consultado el 22 de diciembre de 2017).
- Forética-Bankia. (2017). Avanzando hacia un nuevo marco regulatorio de transparencia. Estudio sobre la adaptación de la Directiva de divulgación de información no financiera y diversidad. Recuperado de <http://www.foretica.org/Avanzando_hacia_un_nuevo_marco_regulatorio_de_transparencia_FORETICA_BANKIA.pdf> (Consultado el 22 de diciembre de 2017).

- OIT. (2017). El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global. <www.ilo.org> (17-08-2017). Recuperado de <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_570288.pdf> (Consultado el 22 de diciembre de 2017).
- ONU. (2015). Objetivos de desarrollo sostenible. Recuperado de <<http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>> (Consultado el 22 de diciembre de 2017).
- Rojas, R. (2015). «Labour Compliance»: una nueva herramienta para la gestión del riesgo jurídico-laboral en las empresas. <ecija.com> (1-12-2015). Recuperado de <<http://ecija.com/sala-de-prensa/labour-compliance-una-nueva-herramienta-para-la-gestion-del-riesgo-juridico-laboral-en-las-empresas/>> (Consultado el 22 de diciembre de 2017).
- Rojo Torrecilla, E. (2017). El Caso Deliveroo Valencia. Importa la realidad (trabajo asalariado), no el nombre (trabajo autónomo). Notas y análisis del Acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. <www.eduardorojotorrecilla.es> (21-12-2017). Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/12/el-caso-deliveroo-valencia-importa-la.html>> (Consultado el 22 de diciembre de 2017).
- Vallecillo Gámez, M.^a R. (2017). Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público: innovaciones y puntos críticos. *RTSS.CEF*, 417.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0