



Profili attuali della sostenibilità

Istituzioni, economia, enti, contratto

a cura di Luca Di Nella



FrancoAngeli 

BIOETICA SCIENZA SOCIETÀ



UCB
University
Center for
Bioethics

Collana fondata e diretta da Antonio D'Aloia

Nata nell'ambito del Centro di Bioetica dell'Università di Parma, la Collana si pone come luogo di riflessione e discussione sulla pluralità di temi riconducibili oggi alla bioetica, dai progressi della scienza e della tecnologia medica alle questioni della sopravvivenza e della sostenibilità ambientale, secondo un approccio interdisciplinare e in una prospettiva di integrazione delle competenze.

In linea con le più aggiornate esperienze internazionali di ricerca e formazione specialistica, la Collana affronta le complessità di questi nuovi sviluppi, i dilemmi etici e le inquietudini sociali che essi suscitano, le sfide che rappresentano per la regolazione giuridica.

Comitato scientifico

Roberto Andorno; Vincenzo Baldini; Roger Brownsword; Stefano Canestrari; Marta Cartabia; Carlos María Romeo Casabona; Carlo Casonato; Alfonso Celotto; Beatrice Centi; Lorenzo Chieffi; Roberto Giovanni Conti; Marilisa D'Amico; Mario De Caro; Roberto Baptista Dias da Silva; Carla Faralli; Giovanni Maria Flick; Tommaso Edoardo Frosini; Silvio Garattini; Michele Guerra; Stefano Giaime Guizzi; Juan Alberto Lecaros Urzúa; Luigi Naldini; Gianluigi Palombella; Andrea Patroni Griffi; Annamaria Poggi; Ulderico Pomarici; Carlo Alberto Redi; Fernando Rey Martínez; Antonio Ruggeri; Carmela Salazar; Amedeo Santosuosso; Andrea Simoncini; Paula Siverino Bavio; Mariachiara Tallacchini; Massimo Villone; Lorenza Violini; Laura Westra.

I volumi pubblicati nella Collana sono sottoposti a un processo di peer review che ne assicura la validità scientifica.



Il presente volume è pubblicato in open access, ossia il file dell'intero lavoro è liberamente scaricabile dalla piattaforma **FrancoAngeli Open Access** (<http://bit.ly/francoangeli-oa>).

FrancoAngeli Open Access è la piattaforma per pubblicare articoli e monografie, rispettando gli standard etici e qualitativi e la messa a disposizione dei contenuti ad accesso aperto. Oltre a garantire il deposito nei maggiori archivi e repository internazionali OA, la sua integrazione con tutto il ricco catalogo di riviste e collane FrancoAngeli massimizza la visibilità, favorisce facilità di ricerca per l'utente e possibilità di impatto per l'autore.

Per saperne di più: [Pubblica con noi](#)

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio "[Informatemi](#)" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

Profili attuali della sostenibilità

Istituzioni, economia, enti, contratto

a cura di Luca Di Nella



FrancoAngeli 

Volume pubblicato con il contributo
dell'Università degli Studi di Parma – Dipartimento di Scienze Economiche e Aziendali.

In copertina: C. Monet, Boulevard des Capucines (1873-74, dettaglio)

Isbn e-book Open Access: 9788835189244

Copyright © 2025 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Publicato con licenza *Creative Commons*
Attribuzione-Non Commerciale-Non opere derivate 4.0 Internazionale
(CC-BY-NC-ND 4.0).

Sono riservati i diritti per Text and Data Mining (TDM), AI training e tutte le tecnologie simili.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore.
L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni
della licenza d'uso dell'opera previste e comunica sul sito
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.it>

Copyright © 2025 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy. ISBN 9788835189244

INDICE

Prefazione , <i>Luca Di Nella</i>	pag.	7
Introduzione. Profili attuali della sostenibilità. Istituzioni, economia, enti, contratto , <i>Vito Rizzo</i>	»	9
Enti giuridici e sostenibilità: l'esperienza storica , <i>Giancarlo Anello</i>	»	13
Derecho mercantil y sostenibilidad en la moderna economía de mercado. Especial referencia a las crisis económicas en la legislación española , <i>Gabriel A. García Escobar</i>	»	27
Nuevos avances en materia de sostenibilidad en el Derecho Societario español: Sociedades de Beneficio e Interés Común , <i>José Luis Pérez-Serrabona González</i>	»	49
El rol del Derecho societario con el medio ambiente y la sostenibilidad , <i>Fco. Javier Pérez-Serrabona González</i>	»	83
Azione collettiva in difesa dell'ambiente e legittimazione delle associazioni , <i>Eugenio Llamas Pombo</i>	»	119
Enti non lucrativi e sostenibilità , <i>Luca Di Nella</i>	»	141
L'evoluzione della nozione di consumatore , <i>Lorenzo Mezzasoma</i>	»	167

La sostenibilità nei contratti dei mercati regolamentati, <i>Giovanni Berti De Marinis</i>	pag. 179
Le clausole di sostenibilità ambientale, <i>Cristiana Boiti</i>	» 199
La declinazione della sostenibilità nella concessione del credito, <i>Monica Pucci</i>	» 213
Autrici e Autori	» 229

PREFAZIONE

Luca Di Nella

L'idea di questo convegno sulla sostenibilità nasce da una constatazione: stati, imprese, enti e cittadini sono chiamati a contribuire fattivamente alla conversione sostenibile dei sistemi attuali, un cambiamento necessario, radicale e urgente, che è ormai indifferibile. Tutti sono dunque chiamati ad affrontare una crisi "sistemica", che è a un tempo sociale, economica, sanitaria, geopolitica, ambientale e climatica: per far fronte alla situazione, occorre occuparsi dell'una guardando alle altre nei loro nessi reciproci. Questo perché la scienza e l'esperienza dimostrano quanto i temi siano profondamente collegati e quanto sia urgente aggredire le crisi partendo dalle sue radici, non limitandosi a intervenire sugli effetti.

Il Convegno vuole fare il punto sullo sviluppo normativo di alcuni aspetti della sostenibilità, evidenziando problemi e prospettive evolutive in vari settori.

L'evento è stato organizzato con il prestigioso patrocinio del Consiglio notarile di Parma e con la importante collaborazione del Centro Universitario di Bioetica (*University Center for Bioethics, UCB*) dell'Ateneo parmigiano, in particolare del suo Direttore, il Professor Antonio D'Aloia, al quale vanno i più sentiti ringraziamenti anche per aver consentito la pubblicazione degli atti nella collana referata *Bioetica, Scienza, Società* da lui diretta. Altrettanta gratitudine va manifestata al Professor Giancarlo Anello per il tempo che ha dedicato a consegnare il Convegno, per la sua partecipazione e per la cura degli atti. Infine, viva riconoscenza va espressa anche al collega e amico Professor Claudio Cacciamani per aver sostenuto con i suoi fondi il costo della presente pubblicazione, e al Dott. Marco Ramuschi per la minuziosa correzione delle bozze.

Parma, novembre 2025

INTRODUZIONE.
PROFILI ATTUALI DELLA SOSTENIBILITÀ.
ISTITUZIONI, ECONOMIA, ENTI, CONTRATTO

Vito Rizzo

Torno con vero piacere a Parma, dopo una prima volta in un incontro, promosso dall'Università di Parma e svoltosi poi anche a Milano sull'«indennizzo diretto», ed un altro incontro, proprio qui a Parma, nel 2016, incentrato su un «dialogo tra dottrina italiana e tedesca» su «diritto comunitario ed europeo e sul sistema privatistico europeo» con la presenza di illustri giuristi ed economisti italiani e tedeschi. Incontri sicuramente proficui per i risultati scientifici conseguiti. Parma, dunque, come crocevia e come luogo di incontro tra culture. In precedenza, con la cultura tedesca, oggi, in particolare, con quella spagnola di cui abbiamo la presenza di illustrissimi esponenti e cari amici.

Incontro poi che avviene, tra un gruppo di Professori dell'Università di Parma, con una venatura fiorentina, con un gruppo italiano che va sempre più rinsaldandosi, che fa capo ad una comune radice, quella della scuola perlingeriana, ma che va radicandosi e diffondendosi in parti prestigiose del panorama universitario italiano. E mi piace ricordare, oltre Parma, in particolare Cosenza, Lecce, Camerino e, in specie Perugia. Centri con i quali, in specie gli ultimi due ma anche il primo, si sono rinsaldati stretti rapporti e vincoli con i gruppi spagnoli in particolare di Salamanca e Granada e con i carissimi amici Eugenio Llamas Pombo, José Luis e Javier Pérez-Serrabona Gonzáles, che sono qui e che salutiamo e ringraziamo, con i quali io sono ormai uso dire che abbiamo formato una vera famiglia, certo sì, in primo luogo, sul cemento comune della cultura, ma ora, poi e sempre di più, su quello dell'amici-zia e dell'affetto.

Ed oggi ci troviamo a dibattere, essendo ognuno chiamato a portare il proprio contributo di esperienze e di sensibilità, su un tema fonda-

mentale, che si usa sempre più definire «epocale», della attuale convivenza umana se non addirittura della stessa sopravvivenza umana: quello della «sostenibilità». Sostenibilità in primo luogo dell'uso e del consumo delle risorse e dei beni essenziali e primari, e spesso non rinnovabili della terra al fine di evitare disastri ecologici universali e non rimediabili, con un'assoluta centralità delle varie tematiche legate al diritto ambientale. Ed al riguardo ho avuto il piacere e l'onore di redigere, a doppia firma con Lorenzo Mezzasoma, il prologo della traduzione italiana della bellissima opera di Lorenzetti sul diritto ambientale, tradotta dal gruppo perugino. Un'altra testimonianza dei frutti preziosi di questa collaborazione, incentrata su un'opera ispirata su valori espressi dall'Enciclica *Laudato sii* di Papa Francesco, opera che avrebbe dovuto esser presentata in Vaticano, poco prima dell'avvento del Covid, con la presenza dello stesso Papa, ma che per questo motivo, per l'imperversare del Covid, non è potuta avvenire.

Si è detto che occorrono un nuovo «vestito» che dobbiamo indossare nell'affrontare ogni tematica, un nuovo «paradigma», una nuova cultura, un nuovo spirito, una nuova *forma mentis*, un principio che permea di sé, caratterizza, influenza e funzionalizza ogni realtà, ogni entità ed ogni istituto anche in campo giuridico.

Il concetto di sostenibilità, considerato poi un principio che caratterizza il paradigma ambientale e ne rappresenta anzi precipua e fondamentale espressione (da porre accanto ai principi di prevenzione e di precauzione, di resilienza, congruenza, progressività, responsabilità, sussidiarietà, equità, solidarietà, non regressione), rispetto alle sue prime versioni, ha fatto registrare, come si osserva anche nella nota che dovrebbe costituire la prefazione dell'opera destinata a raccogliere gli Atti del Convegno, una profonda evoluzione che partendo da una visione centrata preminentemente sugli aspetti ecologici, è approdata verso un significato più globale che potesse tener conto, oltre che della dimensione ambientale, di quella economica e di quella sociale osservandosi che la «sostenibilità» ha, oggi, dunque, molte accezioni: ambientale, finanziaria, economica, istituzionale, socio-culturale, tecnologica e che molte sono le definizioni che di essa sono state date, anche a seconda del contesto in cui essa trova emersione e ne viene proposta l'attuazione.

Si avverte l'esigenza e l'urgenza di adottare una visione legata all'interazione sistemica e agli approcci olistici, una nuova concezione epistemologica in cui tutte le scienze sono chiamate a cooperare anche ai fini della creazione di una nuova cultura. Concezione sistemica alla quale sono chiamate a dare il proprio contributo ad es. la letteratura, la scien-

za, in specie la fisica, la biologia, l'antropologia ed anche il diritto e non da ultimo la filosofia e la generale prospettiva ermeneutica. Ed in campo giuridico se ne avvertono i riflessi, penetrati anche nella normativa UE (spec. art. 3, § 3, TUE), in numerosi atti e documenti internazionali (spec. Agenda 2030 della Nazioni Unite con gli obiettivi da questa fissati), nelle Costituzioni nazionali e nella nostra Costituzione (con la modifica dell'art. 9, comma 3 e dell'art. 41, commi 2 e 3, e, prima, dell'art. 117) ma di cui si può già avvertire la presenza nella sua trama e nel suo spirito, nelle normazioni derivate dei singoli stati nazionali, negli atti accademici, abbondantemente richiamati nella relazione cui ho già cenato. Tutto ciò induce a discorrere di un *new deal* fondato sulla sostenibilità che impatta su tutti gli aspetti della realtà e conseguentemente del diritto.

Tutto ciò induce a riflettere come anche in campo giuridico, ogni entità, soggetto, istituto sia influenzato e funzionalizzato da questo valore, da questo principio, da questa visione. Ogni istituto, soggetto ed entità che si lega alla produzione, all'iniziativa economica, alla distribuzione, al commercio, al consumo, all'esercizio di forme di autonomia negoziale e contrattuale, all'esercizio di ogni forma di proprietà, all'uso in particolare dei beni comuni, dei beni primari ed essenziali ecc. La pervasività di questo valore, di questo paradigma, di questo principio, comunque lo si voglia declinare, è destinata quindi ad influenzare ogni nostro ragionamento dal più grande al più piccolo.

Merito quindi di Di Nella, e di coloro che hanno organizzato questo incontro, di avere chiamato qui belle intelligenze per discutere, anche oggi, su una pluralità di tematiche da esaminare ed approfondire in questa prospettiva, creando un'occasione affinché ognuno porti il proprio contributo secondo le proprie esperienze e culture. Ed egli suggerisce già una traccia ed una possibile ampia articolazione del modo in cui potrà svolgersi ed animarsi la discussione invitandoci a cogliere i profili attuali della sostenibilità nel campo delle istituzioni, dell'economia, degli enti e del contratto.

Suggerendo ed articolando ulteriormente le scansioni ed i ritmi di questo incontro in varie Sezioni: la prima dedicata, appunto, alle declinazioni della sostenibilità; la seconda alla sostenibilità con riguardo agli enti commerciali; la terza con riferimento agli enti non lucrativi; la quarta quindi con la sua possibile influenza sul consumatore e sul contratto; la quinta con specifico riguardo alla prassi notarile per giungere, in conclusione, alla delineazione di una sorta di manifesto sulla «*governance* degli enti» che dovrebbe rappresentare uno dei punti prin-

cipali ed essenziali del dibattito e della discussione, anche perché essi sono destinati a sopravvivere alle persone fisiche che li costituiscono e li compongono e rispetto ai quali, quindi, il problema della sostenibilità si pone in modo particolare.

Per mettere ulteriormente a fuoco quanto sia scottante ed attuale il problema della sostenibilità credo sia sufficiente aggiungere quanto esso sia oggi delicato con riguardo al possibile uso (ed abuso) dell'intelligenza artificiale, nell'incontro, e nel possibile scontro, tra i due poli di non arrestare, oscurare, rallentare i progressi scientifici, da un lato, o non mettere a repentaglio, dall'altro, i valori ed i diritti faticosamente conquistati dall'uomo nella civiltà dell'oggi.

Ho iniziato con un richiamo a Lorenzetti. Vorrei concludere anche con un richiamo finale allo stesso, quando egli, con un riferimento per la verità al principio di «precauzione», ma che credo si possa in qualche modo estendere anche alla «sostenibilità», afferma di essersi ispirato anche nella sua attività di legislatore, di codificatore, di giudice costituzionale, all'idea di un «paradigma dell'ancoraggio» secondo cui: «La scienza e il progresso hanno le virtù del navigante che si avventura in mari sconosciuti. Quando è in gioco la natura, si tratta di navigare, ma preservando il mare, il cielo e le stelle che ci guidano. I valori e i beni collettivi sono quelle stelle che guidano il navigante. È un ancoraggio ai valori, un andare più adagio per non rovinare tutto ciò che dobbiamo lasciare a coloro che continueranno ad utilizzare i beni ambientali». Non a caso nella recente modifica apportata alla nostra Costituzione all'art. 9, il richiamo alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi viene legato, con un'espressione impiegata in questo testo per la prima volta, anche «all'interesse delle future generazioni».

Non mi resta, a questo punto, di aggiungere altro, perché non voglio rubare ruolo e spazio a coloro che sono chiamati a svolgere delle vere e proprie «relazioni introduttive» trattando appunto delle varie forme di declinazione della sostenibilità, anche dal punto di vista dell'esperienza storica, del viaggio nel costituzionalismo, dei profili economico-aziendali, lasciando, con vero piacere, la parola al primo relatore.

ENTI GIURIDICI E SOSTENIBILITÀ: L'ESPERIENZA STORICA

Giancarlo Anello

1. Personalità giuridica e “*persone capitali*”¹

Il mondo contemporaneo è espressione di un ordine socio-corporativo in cui il ruolo delle persone giuridiche è equiparato a quello delle persone fisiche ed è, di fatto, straordinariamente importante. La nozione di personalità giuridica regola le diverse entità che affiancano le persone fisiche nell'agire sociale, contribuendo a creare, modificare, danneggiare la realtà nella quale si vive. Sono persone giuridiche le grandi e piccole imprese industriali e commerciali, le fondazioni, le associazioni, le chiese, le università, gli enti pubblici di diverso tipo e, secondo una certa dottrina, anche gli Stati. Tali soggetti, al pari degli individui, popolano la società ma, più degli individui, contribuiscono, in forma aggregata e duratura, a perseguire istanze economiche, sociali, educative, scientifiche, religiose. Proprio in ragione dell'enorme impatto che tali soggetti hanno nei confronti dell'ambiente, degli affari, della cultura, dei rapporti sociali e politici, anche internazionali, una condizione di crisi in questi settori può dipendere dall'agire di questi particolarissimi attori e dalla loro disciplina. Una possibile riforma, orientata ai nuovi obiettivi di sostenibilità globale e dei diritti delle nuove generazioni, può essere però ipotizzata solo a patto di ridiscutere le categorie fondanti di queste straordinarie entità.

Storicamente, l'idea di personalità giuridica è stata “inventata” dalla scienza canonistica medievale, con l'intento di garantire l'unità e la per-

1. Per una stesura più esaustiva su questa dicitura, si rinvia a G. Anello, *Persone capitali. Storie di entità giuridiche*, Marietti 1820, 2024, *passim*.

petuità della Chiesa. Sinibaldo Dei Fieschi – Papa Innocenzo IV – applicò nel XIII secolo, l'immagine della “persona mistica” o del “corpo mistico” alle diverse entità giuridiche che popolavano l'ambiente religioso della Chiesa, dando loro il nome di “persone finte” o “persone intellettuali”². Tale categorizzazione si è progressivamente estesa all'ambito del settore pubblico, dei commerci e del capitalismo delineando il perimetro dell'odierne forme di soggettività giuridica incorporata, che parrebbero avere pochissimo in comune coi loro antesignani storici, ma che tuttavia continuano a beneficiare di alcuni aspetti connessi alla natura teologica delle origini. Ad esempio, tracce di questa natura rimangono in elementi essenziali della personalità giuridica come l'astrattezza della forma, la potenziale perpetuità nella durata e nell'azione dell'ente e la centralità dello scopo comune a tutti i membri: la combinazione tra il potenziale di un'azione di lungo periodo e la capacità unificante del fine perseguito ha caratterizzato la forma di soggettività incorporata fin dalla sua genesi e rimane essenziale per questo concetto giuridico che si propone di superare i limiti della durata della vita individuale e di raggiungere obiettivi di vasta portata. L'importanza delle origini canonistiche e dello sfondo di comprensione teologico sono ancor più evidenti se questo concetto è paragonato ad altre forme di soggettività giuridica che nella storia hanno trovato origine e sviluppo in altre culture religiose, come quella musulmana e quella induista. In questi casi, tali entità, sprovviste del grado di spiritualizzazione degli enti della Chiesa, non hanno espresso la medesima flessibilità e capacità espansiva del paradigma canonistico, oggi ripreso in tutte le legislazioni del mondo.

2. Concezione escatologica del tempo e valore morale della perpetuità degli enti giuridici

La personalità giuridica e le sue proiezioni rimangono strumenti in chiaroscuro se disgiunti da una prospettiva prosociale o – più ambiziosamente – morale. Immaginare una nuova congiunzione tra questi fattori è assai problematico. Tuttavia, alcuni esempi del passato possono orientare la riflessione odierna, in vista del futuro.

2. Cfr. M. Roberti, *Il Corpus Mysticum di S. Paolo nella storia della persona giuridica*, in Aa.Vv., *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, IV, Giuffrè 1939, p. 49 ss.; G. Anello, M. Arafa, S. Alberto Gramitto Ricci, *Sacred Corporate Law*, in *Seattle University Law Review*, vol. 45, 2021, p. 413 ss.

Occorre partire dall'assunto che le valutazioni sulle condotte morali sono storicamente relative rispetto ai loro metri di giudizio³. Se, ad esempio, nell'antica Roma il giudizio morale era centrato sulla condotta delle persone nella dimensione pubblica della *civitas*, con l'avvento del Cristianesimo, e soprattutto della Chiesa, i parametri di valutazione si sono spostati sulla condotta di vita individuale e collettiva in funzione della salvezza delle anime. Oggi si è alle prese con un ulteriore cambio di paradigma, di carattere epocale, in cui la valutazione di moralità dei comportamenti verte su quelle azioni che sono orientate alla sostenibilità economica, alla protezione ambientale, ai diritti delle generazioni future⁴.

Il tema, seppur complesso, è molto presente nella dottrina odierna sulla personalità giuridica e anima una serie di approcci differenti: alcuni studiosi si concentrano sul tema della responsabilità penale delle persone giuridiche⁵; altri sulla c.d. responsabilità sociale d'impresa⁶; altri ancora hanno affrontato di petto il tema della moralità degli enti giuridici in quanto tale⁷.

Queste direttrici non possono essere qui ripercorse, neppure per sommi capi. Piuttosto, si propone un itinerario diverso, che affronti la premessa fondamentale a qualsiasi approccio etico-giuridico che riguardi il tema del futuro e delle sue sfide: pragmaticamente parlando, la sostenibilità delle scelte economiche, la transizione ecologica, la protezione ambientale e la protezione delle generazioni a venire hanno a che fare con il tempo e con il suo scorrere. Una presa di coscienza netta e inequivoca di questo aspetto del problema è necessaria per progettare soluzioni efficaci.

In questo frangente, il problema è legato al tempo: la soluzione delle sfide odierne necessita di strumenti che perdurino nel tempo o che,

3. Cfr. S.F. Magni, *Il relativismo etico. Analisi e teorie del pensiero contemporaneo*, il Mulino 2010.

4. Questa discussione si svolge sotto il titolo "etica e generazioni future", per la quale si veda, *ex multis*, J.C. Tremmel, *A Theory of Intergenerational Justice*, Earthscan 2009; P. Lawrence, *Justice for Future Generations*, Elgar 2014; A. D'Aloia, *Generazioni future*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Giuffrè 2016, pp. 354-355.

5. D. Brodowski et al. (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer International Publishing 2014.

6. Cfr. su questo punto J. Barkan, *Corporate Sovereignty. Law and Government Under Capitalism*, University of Minnesota Press 2013, p. 111 ss. nel capitolo dedicato alla "Responsibility".

7. L. McWhorter, *The Morality of Corporate Persons*, in *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 55, Spindel Supplement, 2017, p. 146; S. Hamilton, *Impersonation: Troubling the Person in Law and Culture*, University of Toronto Press 2009, spec. p. 35 ss. nel capitolo intitolato *Persona ficta: The Corporation as Moral Person*.

perlomeno, non considerino la variabile temporale come un problema meramente filosofico o come un elemento indifferente e neutrale. Del resto, la congiunzione tra tempo e diritto si coglie in dinamiche molto precise e può essere posta al centro della riflessione sulla personalità giuridica. Il diritto, infatti, contribuisce in modo essenziale alle relazioni di durata, dando efficacia e concretezza alle intenzioni personali⁸. Nel suo stesso concetto, come nel suo reale esplicarsi, la regola implica la durata. Il diritto, in quanto è regola, raccoglie in essa i tre modi nei quali la coscienza avverte, o scandisce, il tempo (passato, presente, futuro): la regola è stata posta, è vigente, indica il sarà dell'azione. Nella misura in cui le azioni individuali si conformano alle regole giuridiche, facendosi comportamenti regolari, le regole acquistano durata⁹.

Una dinamica di questo genere, ad esempio, si riscontra nel collegamento tra scopo e contratto, nella loro relazione di attuazione giuridica. La promessa è, infatti, il punto di partenza del rapporto contrattuale: attraverso la promessa, si sostituisce la parola data alla prestazione immediata¹⁰. Dal punto di vista della successione temporale, la promessa consiste nella dichiarazione di autolimitare il proprio volere futuro rispettando la promessa stessa, ma sarà la volontà, perseverata nel futuro, che andrà a sostenere e realizzare nel tempo lo scopo originario del contratto¹¹.

Sotto questa luce, pare più che mai opportuno tornare a riflettere sulla caratura morale che si potrebbe rintracciare nella perpetuità delle persone giuridiche¹². In termini filosofici, la costituzione di una persona giuridica ha un enorme impatto sulla prospettiva di durata dell'agire giuridico. La creazione di una persona giuridica fissa una serie di azioni nel passato che continuano, sotto il profilo giuridico, a prolungarsi in un eterno presente: non si possono cancellare anche se la persona fisica che le ha poste in essere le ha dimenticate, se non addirittura ripudiate¹³.

8. L. Bagolini, *Tempo obiettivato, tempo coscienziale e durata nell'esperienza giuridica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV serie, LVIII, 1981, p. 83 ss.; S. Cotta, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV serie, LVIII, 1981, p. 119 ss.

9. S. Cotta, *ivi*, p. 127.

10. C. Fried, *Contract as a promise: a theory of contractual obligation*, Harvard University Press 1981.

11. L. Bagolini, *Tempo obiettivato, tempo coscienziale e durata nell'esperienza giuridica*, *cit.*, p. 101.

12. G. Anello, *Perpetual by Nature: the Moral Core of Corporate Form*, in *Diacronia. Rivista di Storia di Filosofia del diritto*, 2, 2022, p. 120.

13. E. Opocher, *Diritto e tempo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV serie, LVIII, 1981, p. 134.

Sicché sembra più che mai opportuno chiedersi se l'idea non possa, in qualche modo, essere vivificata nel presente, a favore del futuro. Come detto, uno dei tratti caratterizzanti della riflessione cristiana sulla personalità giuridica è legato alla perpetuità. Questo carattere è presente, in qualche misura, in altre tradizioni religiose e tutte considerano le implicazioni morali connesse al passaggio del tempo sulle persone e sui corpi politici¹⁴.

Ma è stato con l'espansione del Cristianesimo in Europa che la riflessione teologica sul tempo si è saldata sulla personalità giuridica dando origine alle implicazioni pratiche fin qui osservate. La tradizione cristiana considerava l'origine del tempo nella creazione divina del mondo e la sua fine nel giorno del giudizio. Il Cristianesimo portò con sé il concetto di tempo lineare, rappresentato in una connessione geometrica tra due punti¹⁵. Secondo questa concezione, i soggetti e le istituzioni avrebbero vissuto la loro esistenza tra due poli temporali, la cui distanza era misurata da una forma di tempo astratto o oggettivo, consistente in una sorta di lasso temporale vuoto, non riempito da eventi storici (o, come nel mondo antico, da cicli della natura o del mito)¹⁶.

Accanto a questa dimensione umana e secolare del tempo, caratterizzata in termini di perpetuità o sempiternità, vi era però una dimensione religiosa e divina, caratterizzata in termini di eternità. Sebbene, a volte, nel linguaggio comune odierno questi aggettivi siano utilizzati quasi come sinonimi, essi hanno significati storico-teologici molto differenti: la perpetuità contrassegna un fenomeno o un soggetto dotato di una lunga durata, di solito maggiore della vita di un essere umano, ma comunque modificato o condizionato dallo scorrere del tempo. L'eternità, invece, si

14. S. Wells Williams, *The Perpetuity of Chinese Institutions*, in *The North American Review*, Sep. 1880, Vol. 131, no. 286, p. 205 ss.; B. Ogren (ed.), *Time and Eternity in Jewish Mysticism. That Which is Before and That Which is After*, Brill 2015, p. 97 sgg.; A. Ventura, *Il tempo nella tradizione islamica*, in P. Urizzi, *Perennia Verba*, il Cerchio 1999, pp. 32-69.

15. Per comprendere appieno questa concezione è opportuno confrontarla con quella precedente, per cui si rinvia a G. Morra, *Tempo ed eternità nelle antropologie filosofiche*, in Aa.Vv., *Tempo ed eternità nella condizione umana*, Atti del XX Convegno del Centro di studi filosofici tra professori universitari, Gallarate, 1965, Morcelliana 1966, spec. p. 133. Per un riferimento al mondo cristiano antico e al ciclo settimanale, cfr. U. Agnati, *Costantino e la scansione cristiana del tempo* (Cod. Iust. III 12, 2 e Cod. Th. II 8, 1), in F. Raviola (a cura), *L'indagine e la rima. Scritti per Lorenzo Braccesi*, L'Erma di Bretschneider 2013, p. 25.

16. G. de Santillana, H. von Dechend, *Il mulino di Amleto. Saggio sul mito e sulla struttura del tempo*, Adelphi 1983; G. Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Giuffrè 1998, pp. 24-25.

riferisce ad un'entità non modificata dal trascorrere del tempo. Ovviamente questo modo di essere non contraddistingue gli esseri umani ma, solitamente, caratterizza Dio. Tuttavia, il confronto teologico tra perpetuità ed eternità può avere conseguenze secolari molto pratiche.

Da un lato, l'eternità di Dio è segno dell'incompletezza degli uomini che sono esseri mortali e possono aspirare alla completezza solo attraverso la salvezza¹⁷. Per questo motivo, il significato del tempo cristiano diventa escatologico, poiché il suo valore è conferito dal fine a cui tende l'esperienza umana. Anche il futuro assume lo stesso significato, entrambi acquisendo valore nel partecipare, tramite la persona giuridica della Chiesa, alla vita eterna di Cristo¹⁸.

Dall'altro, tuttavia, il tempo è una costante nella natura contingente e incompleta della società umana e nella vita di ogni individuo¹⁹. Ne consegue, un certo svilimento di valore della dimensione transeunte e temporanea, soprattutto al cospetto della dimensione eterna o sempiterna. In questa ottica, la perpetuità degli enti giuridici conferiva loro un senso e un valore superiore a quello delle persone fisiche che li animavano.

Quasi come un fossile della concezione originaria, l'ordinamento canonico contemporaneo continua a preservare il maggior valore della natura perpetua delle persone giuridiche. Il *Codex Iuris Canonici* del 1983 (canoni 113 e 120), nel riprendere principi già contenuti nel *Codex* del 1917, chiarisce che la persona giuridica è eterna per sua stessa natura (*natura sua, perpetua est*) e cessa di esistere se interrotta dall'autorità giuridica competente o se inattiva per cento anni. Questa disciplina è coerente con l'idea che i corpi ecclesiastici servano la giustizia divina che non solo è universale ma anche eterna²⁰. Ma, come detto, molti ordinamenti statali obliterano completamente il tratto della perpetuità.

3. Per una nozione altruistica della personalità giuridica

L'idea della personalità giuridica fu elaborata per la prima volta in modo chiaro dai giuristi canonici medievali per motivi teologici e prati-

17. Cfr. C.J. Greenhouse, *Just in Time: Temporality and the Cultural Legitimation of Law*, in *Yale Law Journal* 98, no. 8 (June 1989), p. 1635.

18. U. Pellegrino, *Tempo ed eternità nell'esperienza religiosa*, in Aa.Vv., *Tempo ed eternità nella condizione umana*, Atti del XX Convegno del Centro di studi filosofici tra professori universitari, Gallarate, 1965, Morcelliana 1966, p. 245-246.

19. C.J. Greenhouse, *Just in Time*, cit., p. 1635.

20. Cfr. G. Martini, *La cessazione della persona morale in diritto canonico* (senza luogo di edizione) 1953, p. 11 e pp. 16-17.

ci. Questa idea non era funzionale a finalità economiche, eppure, come abbiamo visto, queste potevano essere perseguite in maniera indiretta tramite lo scopo religioso, collettivo, quasi-pubblico di monasteri, fabbriche e confraternite. La natura perpetua degli enti fu messa in rapporto con la natura eterna della Chiesa. Da un punto di vista “escatologico”, la Chiesa era sia il fine sia il mezzo del culto divino: mentre ciò che era bene per i fedeli non poteva essere rintracciato in un determinato momento storico, esso poteva essere rinvenuto attraverso un processo continuo di reificazione/materializzazione degli interessi sociali e collettivi interpretati dalla Chiesa stessa²¹. Al tempo stesso, l’approccio escatologico giustificava la centralità e l’indipendenza della gerarchia ecclesiastica nel promuovere il suo scopo istituzionale. Inoltre, la combinazione di lunga durata e centralità degli interessi giustificava la soggettività giuridica del corpo ecclesiastico nella sua interezza, essendo lo strumento perfetto per superare il limite della durata della vita umana e raggiungere obiettivi di portata intergenerazionale. Non è un caso che, sulla scia di questo carattere, incapsulato nella perpetuità della persona giuridica, le moderne *corporation* siano definite come entità giuridiche indipendenti, dotate di propri interessi, e non condizionate dagli interessi di altri *stakeholders*, come gli investitori²².

Al giorno d’oggi, la proiezione escatologica della soggettività giuridica incorporata è velata dalla standardizzazione e dalla secolarizzazione dei processi di costituzione verificatisi nel XIX secolo in molte legislazioni secolari e la perpetuità è assunta in modo acritico. Di certo il diritto anglo-americano, i giudici e gli avvocati²³ continuano a reiterare l’idea che le *corporation* sono entità efficienti, capaci di auto rinnovamento

21. M.T. Black, *The Theology of the Corporation: Sources and History of the Corporate Relation in Christian Tradition*, PhD thesis presented to the Faculty of Theology of the University of Oxford, Ottobre 2009, 39.

22. G. Anello, *Perpetual by Nature*, cit., p. 120.

23. A.W. Machen Jr., *Corporate Personality*, in *Harvard Law Review*, vol. 24, n. 4, (Feb. 1911), p. 257 scrive: «The orthodox American lawyer would be apt to say, “A corporation is a fictitious, artificial person, composed of natural persons, created by the state, existing only in contemplation of law, invisible, soulless, immortal”». Inoltre, M. Welters, *Towards a Singular Concept of Legal Personality*, in *Canadian Bar Review* 92, no. 2 (2013), p. 418 afferma che «based on the historical development of the corporation, [...] the essential attributes of a corporation are name, perpetual succession and state sanction. Perpetual succession means that there is no change in the ownership of property of the corporation when the members change, while state sanction means that mere association cannot lead to the creation of a corporation; the state must approve of its corporate existence. If those attributes are present, then there is a corporation – a separate legal person».

e sempiterni, ma pochi articoli trattano le implicazioni di questa condizione nell'agire con una prospettiva a lungo termine²⁴, e ancor meno sono quelli che valutano tale prospettiva in relazione alla sua moralità²⁵.

Per rivitalizzare la riflessione sul punto ci si può rifare alle osservazioni filosofiche di Gerhart Husserl nel suo famoso saggio sul tempo e la legge²⁶. Qui Husserl afferma che passato, presente e futuro sono dimensioni dell'esperienza giuridica della persona fisica: queste dimensioni possono avere un peso diverso nell'esperienza umana, a seconda dei diversi atteggiamenti dei singoli individui. Spesso, ad esempio, il presente ha un peso maggiore delle altre dimensioni temporali perché esso costituisce la dimensione in cui le persone sono immerse nel momento in cui pensano al significato e al valore delle loro azioni²⁷. Inoltre – continua Husserl – il presente è la sfera d'azione degli uomini attivi che lavorano. Questi individui si soffermano principalmente sulla loro condizione attuale nel decidere su come agire, perché solo il presente è caratterizzato dalla dimensione della realtà.

Queste riflessioni filosofiche paiono assomigliare ai termini di un acceso dibattito che oggi divide gli esperti di *corporate law*, in merito alla natura e allo scopo delle *corporation*²⁸. Ad un'estremità, un ampio gruppo di studiosi sostiene che le *business corporation* devono essere gestite con l'unico scopo di massimizzare il profitto degli azionisti nel breve periodo. All'altro capo, un altrettanto nutrita schiera di studiosi

24. A.A. Schwartz, *The Perpetual Corporation*, in George Washington Law Review, 80, 2021, p. 764. Schwartz spiega che la corporation moderna è obbligata ad agire secondo un'ottica a lungo termine perché, per legge, ha una "esistenza perpetua". V. anche L.A. Stout, *The Corporation as a Time Machine: Intergenerational Equity, Intergenerational Efficiency, and the Corporate Form*, in 38 Seattle University Law Review (2015).

25. R. Hardack, *Bad Company: The Corporate Appropriation of Nature, Divinity, and Personhood in U.S. Culture*, in *British Journal of American Legal Studies* 8(2) (2019), p. 255.

26. M. Bretoni, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Laterza 1999, p. 43 ss.; L. Di Santo (a cura), *Il diritto nel tempo il tempo nel diritto: per una ermeneutica della temporalità giuridica*, Wolters Kluwer-CEDAM 2016.

27. G. Husserl, *Diritto e tempo*, cit., p. 37 ss. Si veda anche Id., *Everyday life and the Law*, in *Journal of Social Philosophy*, vol. 5, no. 4 (July 1940), p. 309 ss.

28. Per i sommi capi di questo dibattito, si vedano gli articoli, M.J. Roe, *Dodge v. Ford: What Happened and Why?*, in *European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 619/2021*, disponibile on-line https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3943559#; cfr. C.A. Bartlett, S. Ghoshal, *Beyond Strategy to Purpose*, in *Harvard Business Review*, November-December 1994; B.R. Cheffins, *The Past, Present, and Future of Corporate Purpose*, in WP 2023, disponibile on-line: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4420800.

sostiene che le *corporation* devono essere gestite nell'interesse degli *stakeholders*, inclusi investitori e finanziatori, impiegati, clienti, fornitori, comunità locali, nonché della società in generale e del pianeta stesso²⁹.

Se il dibattito tecnico-giuridico sembra in stallo, la condizione dei problemi globali e il quadro storiografico del concetto fin qui abbozzato sembrano indicare chiaramente quale sia la direzione da intraprendere in termini morali e prosociali, sottolineando che le persone giuridiche sono strumenti creati col fine di superare i limiti temporali della vita umana e di conseguire obiettivi di lungo periodo. Ma non è tutto: se il valore morale può essere una variabile del tempo, allora tanto più è grande la distanza degli effetti giuridici di un determinato atto, tanto più esso può avere un valore morale e altruistico³⁰. Questo assunto va spiegato ripercorrendo alcuni passaggi di un caposaldo della filosofia morale moderna, il *Trattato sulla natura umana* di David Hume (1711-1776)³¹. Già a suo tempo, il filosofo inglese si era concentrato sul modo in cui i comportamenti morali erano influenzati dal trascorrere del tempo. Hume scriveva:

sebbene la distanza nello spazio e nel tempo eserciti una considerevole influenza sull'immaginazione, e quindi sulla volontà e sulle passioni, tuttavia le conseguenze della lontananza nello spazio sono molto inferiori a quelle della lontananza nel tempo. Vent'anni sono certamente un ben minimo intervallo temporale, se paragonato a ciò che la storia e anche la memoria di qualcuno può far loro conoscere, eppure io dubito che mille leghe, o anche la massima distanza possibile su questo pianeta, potrebbe indebolire a tal punto le nostre idee, e diminuire le nostre passioni. Un mercante delle Indie Occidentali vi dirà che non è affatto disinteressato di quel che accade in Giamaica; sebbene pochi siano tanto lungimiranti da paventare eventi molto remoti³².

Com'è noto, Hume associa i giudizi morali alla simpatia passionale, nel cui "meccanismo" distingue due passaggi, il primo cognitivo, il secondo affettivo³³. Come suggerisce Ginzburg a commento di questo

29. V. anche, M. Barzuza, E.J. Talley, *Short-Termism and Long-Termism*, in *Columbia Law and Economics Working Paper*, no. 526, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2731814.

30. C. Ginzburg, *Occhiacci di legno. Dieci riflessioni sulla distanza*, Quodlibet 2019, specialmente i capitoli 7 e 8, p. 232 ss.

31. D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, Reprinted from the Original Edition in three volumes and edited with and Analytical index by I.A. Selby-Bigge, Oxford at the Clarendon Press 1967.

32. D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, Book II, cit., p. 429.

33. Cfr. W. Brand, *Hume's Theory of Moral Judgement. A Study in the Unity of A Treatise of Human Nature*, Kluwer Academic Publishers 1992, p. 71.

brano³⁴, Hume sostiene che maggiore è il tempo intercorso da un evento e il giudizio dell'osservatore, tanto più è difficile simpatizzare con esso, a causa di una lontananza nell'immaginazione e nelle passioni³⁵. Per questo motivo, i fatti proiettati in un futuro lontano sembrano sottrarsi ad ogni giudizio morale ed essere privi di valore nel presente. Ciò a dispetto dell'ovvia osservazione per cui un comportamento attuale che ignora la sfera personale di chi lo compie e si proietta solamente nel futuro, considerando esclusivamente gli interessi delle generazioni future, è senza dubbio altruista o, per lo meno, disinteressato. Più grande – sottolinea Hume – è la distanza nel futuro, più meritevole è l'atto di guardare in avanti, soprattutto ove lo si confronti con l'abitudine di guardarsi indietro nel passato. In un altro passaggio del *Trattato*, Hume osserva ancora:

c'è un altro fenomeno di natura simile al precedente, ossia che gli effetti della stessa distanza nel futuro sono superiori a quelli nel passato. Sarà facile spiegare questa differenza a riguardo della volontà. Dal momento che nessuna delle nostre azioni può alterare il passato, non è affatto strano che essa non possa mai determinare la volontà. Ma per quanto riguarda le passioni, la questione è ancora intatta, e merita di essere esaminata con attenzione³⁶.

Hume, nel commento dei fatti delle persone fisiche, sembra suggerire che tanto più un'azione è estesa (verso il futuro), tanto più essa assume un rilievo morale (o per la comunicazione dei sentimenti)³⁷. Questi stessi principi possono essere applicati alla soggettività giuridica incorporata, alla sua perpetuità e alla sua capacità di agire sul lungo periodo, anche in termini molto pratici. Applicati alle persone giuridiche, che hanno un'estensione della loro capacità indefinita e sicuramente maggiore delle persone fisiche, potrebbero cambiare il valore morale delle persone giuridiche dell'ordine socio-corporativo odierno, rendendole i mezzi più efficaci per una vera e propria azione giuridica tra le generazioni.

4. Conclusioni

Il presente contributo vorrebbe delineare alcuni punti di un dibattito su aspetti consequenziali alla valorizzazione, in senso perpetuo e mo-

34. C. Ginzburg, *Occhiacci di legno*, cit., p. 227 ss.

35. Cfr., inoltre, W. Brand, *Hume's Theory of Moral Judgement*, cit., p. 72.

36. D. Hume, cit., p. 430.

37. Cfr. W. Brand, *Hume's Theory of Moral Judgement*, cit., p. 71 ss.

rale, e quindi sostenibile, dell'agire delle persone giuridiche. Certo, gli indirizzi di questo dibattito possono essere qui soltanto ipotizzati. Le riflessioni fatte nel paragrafo precedente vorrebbero andare in questa direzione ma, forse, sollecitano interrogativi, più che fornire risposte. Ad esempio, ci si potrebbe chiedere se le persone giuridiche siano obbligate a sposare questa prospettiva di lungo periodo, in cui queste entità siano (anche) intese come strumenti per garantire un agire giuridico tra le generazioni³⁸. Alcune indicazioni incoraggianti in tal senso provengono dalla stessa prassi imprenditoriale. Recentemente una dottrina americana ha enfatizzato il valore di alcune forme di investimento denominate "investimenti immortali" (*immortal investing*)³⁹. Questa tipologia di investimento consiste nel perseguire prevalentemente progetti economici che possono avere successo durante un periodo di tempo lungo o comunque indefinito (teoria della produzione a lungo termine)⁴⁰. Una citazione diretta di questa teoria può essere chiarificatrice:

tra le società moderne, quella ad azionariato diffuso è la più vicina alla nozione secondo cui lo scopo primario delle entità corporative è di perseguire progetti a lungo termine. Questo perché queste società le cui quote vengono commerciate in un mercato azionario efficiente (...) incentivano la generazione presente a investire in progetti che potrebbero non creare profitto per decenni – a patto che quei profitti futuri possano essere registrati nel prezzo odierno della quota. Le società ad azionariato diffuso, in questo modo, alleggeriscono i limiti dell'altruismo che potrebbero altrimenti portare la generazione presente a disinvestire in quei progetti che portano beneficio alle future generazioni⁴¹.

Nella stessa direzione, altri studiosi sostengono che una *governance* "visionaria" e di lungo periodo si dimostra più fruttuosa e più soddi-

38. Questa espressione si deve anche al testo di K. Schlögel, *Leggere il tempo nello spazio. Saggi di storia e geopolitica*, Bruno Mondadori 2009, p. 227. In termini attuali, va timidamente verso questa direzione il numero monografico de *Il diritto dell'economia*, P. Pantalone (a cura), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente, Sviluppi, sfide e prospettive per gli Stati, imprese e individui*, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano, 7 ottobre 2021, disponibile on-line <https://www.ildirittoelleconomia.it/wp-content/uploads/2022/01/AttiPantaloneDEF.pdf>; F. Mucciarelli, *Perseguire un diritto societario "sostenibile": un obiettivo sincero?*, in RGL N. 4/2021, Parte Prima, Dottrina, p. 520 ss.

39. Cfr. A.A. Schwartz, cit., p. 783 ss.

40. L. Stout, *The Economic Nature of the Corporation*, in F. Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, vol. 3: Private and Commercial Law, Oxford University Press 2017, p. 353 sgg.

41. Ivi, p. 353.

sfacente di quella orientata sul risultato di breve periodo, anche per le società finalizzate al profitto privato. Analizzando retrospettivamente i risultati economici di grandi *corporation* nel tempo, Collins e Porras⁴² hanno osservato che amministratori e lavoratori di queste entità considerano la capacità dell'organizzazione di realizzare lo scopo sociale la vera ragione del successo economico delle persone giuridiche in cui lavorano⁴³. In queste società, un'adesione collettiva allo scopo e una visione del futuro sono interdipendenti, orientano le scelte e determinano, alla lunga, il successo nella competizione coi concorrenti. Pur mancando il termine "religione", negli statuti di questi enti è spesso presente la parola "missione" per descrivere la combinazione virtuosa tra uno scopo sociale ritenuto meritevole, la dedizione del personale coinvolto nelle attività di lavoro e le strategie di lungo periodo. Questi modelli di amministrazione utilizzano anche termini come "visione", "credo", "aspirazione" per esprimere l'equilibrio armonioso tra la richiesta di un profitto immediato e i ragguardevoli obiettivi economici che si possono raggiungere nel futuro⁴⁴. Non deve sorprendere che il riferimento a una visione religiosa appaia superfluo in queste teorizzazioni, perché la dimensione escatologica è di per sé già incapsulata nella perpetuità della persona giuridica⁴⁵.

Altre ricerche hanno sottolineato che una prospettiva imprenditoriale di lungo periodo può soddisfare il desiderio di chi vuole agire eticamente e altruisticamente, eventualmente spinto da motivazioni religiose, nell'ottica di chi prende le sue decisioni considerandosi veicolo di una forza superiore⁴⁶. In tal caso, più che una singola decisione, si tratta di un processo continuo avente alla base lo sforzo esistenziale e prosociale di proiettarsi e di costruire un futuro per sé stessi e per gli altri. L'aiutare il prossimo ha un ruolo chiave all'interno di questi processi. Nel lungo termine, il successo economico può essere interpretato come un dono divino che ha il vero scopo di porre in condizione chi lo riceve di aiutare il prossimo⁴⁷. Se gli imprenditori di successo pensano che il loro passato

42. J.C. Collins, J.I. Porras, *Built to Last: Successful Habits of Visionary Companies*, Harper Business 1994, specialmente il capitolo 6 "Cult-Like Cultures".

43. *Ibidem*.

44. C.J. Greenhouse, *Just in Time*, cit., p. 1637.

45. Su questo punto, si veda anche A. Porterfield, *Corporate Spirit. Religion and the Rise of the Modern Corporation*, Oxford University Press 2018, p. 179 sgg.

46. M. Ganzin, G. Islam, R. Suddaby, *Spirituality and Entrepreneurship: The Role of Magical Thinking in Future-Oriented Sensemaking*, in *Organization Studies*, 41(1), 2019, p. 85 ss.

47. Ivi, p. 89 ss.

imprenditoriale sia stato “benedetto”, si sentono motivati a restituire ai posteri parte di quanto hanno ricevuto. Infine, la spiritualità promuove la visione dei progetti imprenditoriali in modo trascendente, in cui la suddivisione tra passato, presente e futuro si fonde in un senso immanente del presente, mettendo in discussione la nozione convenzionale di tempo lineare⁴⁸. Tale interpretazione può farsi forte di una concezione ciclica del tempo, in cui gli eventi della vita non sono solo un segmento della progressione temporale ma sono ordinati a seconda del significato che hanno avuto nella loro alternanza costante tra stati opposti (come la vita e la morte, il successo e il fallimento, la felicità e il dolore, ecc.).

Questi esempi sono solamente alcuni spunti del dibattito possibile, tra quelli che sono sollecitati da un paradigma di personalità giuridica “morale”, il cui agire sia orientato al lungo periodo e al futuro. Tuttavia, maggiori contributi potranno venire da competenze e approcci diversi da quelli dello scrivente, dal mondo dell’economia, del management, del diritto societario, della filosofia e della scienza della politica.

Per concludere, l’origine escatologica della soggettività giuridica incorporata ha forgiato la sua struttura di lunga durata in modo che, anche al giorno d’oggi, questo tratto riveste un’importanza centrale, ma trascurata, nell’ordine socio-corporativo attuale. Le “persone capitali” rimangono creazioni artificiali che consentono la realizzazione degli interessi e dei fini che una persona fisica non potrebbe mai raggiungere da sola o nel corso di una sola vita. Ma, per lo stesso motivo, una valutazione integrale degli interessi dell’entità giuridica dovrebbe comprendere – come del resto suggeriva Innocenzo IV – gli interessi di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti dal suo agire, anche futuro. Allo stesso modo, i benefici degli enti giuridici non dovrebbero essere identificati in un determinato momento storico ma in virtù del processo continuo di reificazione/materializzazione degli interessi corporativi sul lungo termine. Questo processo appare morale di per sé: coinvolgere più persone su un arco lungo di tempo è certamente più altruistico di perseguire un obiettivo – qui e ora – incarnato nell’interesse egoistico e attuale dei pochi.

48. Ivi, p. 97. Cff. anche, J. Bering, *The God Instinct. The Psychology of Souls, Destiny, and the Meaning of Life*, Nicholas Brealey Publishing, Clerkenwell 2013, specialmente il capitolo 2 “A life without Purpose”.

DERECHO MERCANTIL Y SOSTENIBILIDAD
EN LA MODERNA ECONOMÍA DE MERCADO.
ESPECIAL REFERENCIA A LAS CRISIS ECONÓMICAS
EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Gabriel A. García Escobar

1. Tensión capitalismo-sostenibilidad: críticas al individualismo liberal

El sistema de economía de mercado, que ha sido un motor de progreso en la práctica totalidad de los países desarrollados desde el siglo XIX en adelante, se ha implantado y difundido sobre la base de una serie de cambios socio-culturales, técnicos y políticos que han permitido situar durante muchos años la producción y el consumo en el centro del sistema. En la esfera económica, el capitalismo como forma de organización de los medios productivos, se reveló desde su origen como un paradigma óptimo en la creación de riqueza, sin embargo, y tras más de un siglo de implantación de las instituciones económico-liberales, nos debemos cuestionar si también se trata de un sistema perdurable en el tiempo.

El liberalismo tiene un potente sustrato de naturaleza económica y se apoya en los ideales de libre mercado y desregulación que autores ya clásicos como Adam Smith¹ apoyaron como reacción ante el declive del sistema gremial. Sin embargo, no se debe olvidar que esta teoría ha inspirado el devenir del mundo occidental no solo sobre una serie de postulados económicos, sino también con base en un complejo entramado axiomático que dota de coherencia al sistema capitalista. En realidad, el liberalismo que produce el capitalismo decimonónico responde a un dibujo con cuatro puntos cardinales: el económico, con el reconocimiento de la propiedad privada; el social, con el auge de la burguesía; el político, a partir de la identificación del individuo como centro del sistema y el

1. Aunque su primera edición es de 1776, hemos manejado: A. Smith, *La riqueza de las naciones*, Pirámide 1996.

reconocimiento de su propia esfera de individualidad; y el jurídico, a través de la promoción de la libertad como nuevo valor superior y al que se someten el resto de reglas del ordenamiento. En este sentido, tratar de explicar el capitalismo en términos estrictamente económicos supone limitar el discurso y se incurre en un reduccionismo falaz. Ello quiere decir que los rasgos económicos de este paradigma son una parte de la ecuación, pero no toda ella; obligatoriamente debe considerarse también al liberalismo como teoría política, social y con grandes efectos en el ordenamiento jurídico.

En el plano político, naturalmente que se ha producido una evolución desde las formulaciones de los precursores como Locke² o Montesquieu³ –anteriores incluso a la primera revolución industrial– cuyos postulados se centraron en el origen del poder, la necesidad de diferenciar Iglesia y Estado, la concepción de este último como garante de unos derechos mínimos y la separación de poderes. Es clara en este punto la influencia del iusnaturalismo filosófico en estas primeras formulaciones *protoliberales*, que aparecen contra el origen divino del poder y a favor de un estado de naturaleza en que la propia dignidad humana determina derechos fundamentales inalienables. Todo ello brotará en los procesos de emancipación que vinieron dados por la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776)⁴ y la Revolución Francesa (1789-1799), que supusieron un nuevo orden mundial. Sin embargo, la teoría política liberal fue evolucionando y los autores doctrinarios franceses como Constant⁵ o Tocqueville⁶ afinaron la definición de la

2. Destacan su *Carta sobre la tolerancia* (1869) y los *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1870). Usamos: J. Locke, *Carta sobre la tolerancia*, Tecnos 2002; y *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza 1990.

3. La obra original es de 1748, pero hemos manejado: C. Montesquieu, *Del espíritu de las Leyes*, Alianza 2012.

4. No se debe olvidar que el texto, en su inicio, señala: «Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad».

5. B. Constant, *La libertad de los antiguos frente a la de los modernos*, Página indómita 2020. Se trata de una conferencia pronunciada en el Ateneo de París en 1819.

6. A. Tocqueville, *La democracia en América*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2020. La obra original se publicó en 1835.

libertad como un valor que implicaba la participación en la vida pública, la necesaria limitación de la soberanía, la promoción de la meritocracia, e incluso se empiezan a constatar algunos males propios del nuevo orden, como el exceso de individualidad. Sin ánimo de exhaustividad, es decir, tratando únicamente de citar algunos referentes de orígenes diversos, Stuart Mill⁷ empleó una formulación más moderna de la teoría política liberal a partir de conceptos como el humanismo ilustrado liberal, que se terminó conociendo como liberalismo social.

Estas nociones generales sirven para demostrar dos tesis: la primera es que el capitalismo está dotado de una estructura teórica a nivel social y político y no deriva de una lógica pura y exclusivamente económica; y la segunda es que sus postulados han ido evolucionando, incluso encontrando obstáculos que han debido removerse para salvar en la medida de lo posible la coherencia del sistema. Ello sin perjuicio de que haya existido, desde sus inicios, contestación frente a sus postulados. Corrientes como el catolicismo social, el conservadurismo e incluso el fascismo y los nacionalismos fueron críticas con el liberalismo. Ahora bien, han sido las teorías socialistas las que han ofrecido una demostración más evidente de los vicios de las instituciones capitalistas. Primero los socialistas utópicos⁸ y más tarde el socialismo científico o comunismo inaugurado por Engels⁹ (que inventó el término «Revolución Industrial») y perfeccionado por Marx, que predijo la revolución más importante frente a la propiedad privada de los medios de producción a través del materialismo histórico. Esta revolución tendría lugar en Rusia –y no Inglaterra, nación más industrializada entonces– pero tuvo como razón última el rechazo al sistema social producido por el liberalismo. También hubo otras reacciones más extremas y desgajadas del socialismo, como las representadas por el anarquismo¹⁰, que fueron en todo caso menos seguidas dentro del movimiento obrero.

No obstante, y a pesar de las críticas contra la falta de futuro del sistema liberal, éste continuó avanzando. La formulación contemporánea

7. Destacan sus ensayos: *Sobre la libertad* (1859) y *El utilitarismo* (1863). Utilizamos: J. Stuart Mill, *Sobre la libertad*, Tecnos 2017; y *El utilitarismo*, Aguilar 1980.

8. Y entre ellos Owen, Fourier, Babeuf, Saint-Simon o Cabet como máximos exponentes. En España destacaron Joaquín de Abreu, Manuel Sagrario de Veloy, Abdón Terradas y Ramón de la Sagra.

9. Autor del *Manifiesto del Partido Comunista* en 1847. Usamos F. Engels, *Manifiesto del Partido Comunista*, Dykinson 2012.

10. Con exponentes sobre todo en Rusia (Bakunin, Kropotkin) y Francia (Blanqui, Proudhon).

del liberalismo encuentra su máximo exponente en la obra de Rawls¹¹. En su *Teoría de la Justicia*, nos presenta la adaptación más moderna del liberalismo clásico, con una serie de elementos (justicia como equidad, el velo de la ignorancia...) que vienen a reafirmar el valor de la libertad, incorporando ciertos elementos correctores que no llegan en ningún momento a desvirtuar la singularidad y las capacidades de cada individuo. Sus postulados sobre la sociedad, que afirma no es comunidad ni asociación, son interesantes a los efectos de este trabajo: «también es cerrado este sistema, como he dicho, pues sólo se entra en él por nacimiento y se sale con la muerte. No tenemos una identidad anterior, antes de estar en esa sociedad; no es como si procediéramos de otra parte, sino que nos encontramos con que crecemos en esta sociedad, en esta posición social, con sus ventajas y desventajas latentes, como nos lo depare nuestra buena o mala suerte»¹². El autor estadounidense refunda el liberalismo político, siendo el máximo exponente del siglo pasado dentro de la corriente.

A partir de la figura de Rawls (sobre todo de *Teoría de la Justicia*), se repite un esquema en que el único sistema que parece viable –concepción que es tributaria del momento histórico–, es el liberalismo. Sin embargo, a nivel teórico surgen en la historia reciente del pensamiento numerosas teorías políticas como reacción al *statu quo* liberal. La disciplina de la Teoría Política será desde entonces un espacio de crítica al liberalismo, clasificado en función de la adscripción de cada autor que repara en los vicios o fallos del mercado. Así, encontramos las críticas comunitaristas –seguramente las más destacadas– que corrigen los postulados liberales. Debemos citar aquí a Walzer, que considera necesaria la intervención del Estado y la conexión de la Justicia con las particularidades de cada sociedad¹³; además, critica el modo en que Rawls nos invita a pensar individualmente al cuestionarnos en primera persona del singular qué acuerdos sociales se adaptarían mejor a nuestros planes de vida¹⁴. Por

11. La primera edición de *Teoría de la Justicia* es de 1971, pero nosotros manejamos: J. Rawls, *Teoría de la Justicia*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2012, *passim*.

12. J. Rawls, *Liberalismo Político*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 62, aunque la primera edición data de 1993.

13. Idea presente en su obra principal, publicada en 1983, aunque nosotros manejamos: M. Walzer, *Las esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y de la igualdad*, México DF, Fondo de Cultura Económica 1993, p. 323. *Vid.*, el análisis de M. Sánchez Matito, *Michael Walzer y las esferas de la justicia*, en *El Búho. Revista electrónica de la Asociación Andaluza de Filosofía*, nº 15, 2017, pp. 10 y ss.

14. M. Walzer, *Denso y ligero. Argumento moral para mi país y para el resto del mundo*, Tirant lo Blanch 2021, p. 37.

su parte, Sandel, de manera más sectorial pone en duda elementos de la teoría liberal con preguntas acerca del «derecho a contaminar» y la posibilidad de que unos países compren su cuota a otros; cuestión que resuelve señalando que si bien desde un enfoque de la rentabilidad este comportamiento no genera problemas, la teoría liberal olvida otros elementos como la educación en el sacrificio conjunto, fundamental para cambiar dinámicas en pro del ecologismo (el modelo económico capitalista no puede ser el único parámetro)¹⁵.

Y podríamos seguir expresando críticas al liberalismo original o refundado en el siglo XX en la obra de Rawls, que han sido expresadas por distintas tendencias: ecologistas, feministas, incluso desde las teorías propias de la posmodernidad. Pero ese no es el objetivo de este trabajo, ni el enfoque. Esta contextualización solo se hace en tanto que es útil para comprender que el liberalismo como teoría económica, política, jurídica y social, si bien conforma la vía más explorada y viable en los países desarrollados, no está libre de contestación. Y no solo eso, sino que esas críticas que podemos encontrar van mencionar en todo caso la consideración sesgada y centrada en el individuo, en detrimento de la comunidad. En la base de la teoría liberal está la reafirmación de cada persona como el centro, dejando a un lado la construcción de valores conjuntos, que son los que pueden llevar a mejorar las estructuras sociales. De ahí que los llamados vicios o fallos del mercado se hayan corregido a través de intervención estatal en diversos aspectos en que la desregulación se ha revelado como ineficiente, produciéndose la entrada en el sistema de tendencias políticas como la socialdemocracia o conceptos como el de Estado del Bienestar, que solo se explican desde la corrección de los errores inherentes a la teoría liberal pura. El mercado por sí solo genera desigualdad y aunque es un sistema a priori cerrado, incorpora –por sí mismo y por la distorsión que introducen los individuos– lógicas que son rechazables y que no operan a favor de un correcto relevo generacional. Es por ello que entendemos que la sostenibilidad se encuentra –aunque no siempre de modo explícito– en la base de muchas de esas críticas al mercado.

Esta breve mirada al pasado y a la evolución del liberalismo nos sitúa en el camino de una perspectiva legislativa que pretende seguir la senda de reajuste de la política económica y social; y para ello las normas habrán de hacerse cargo de la sostenibilidad del sistema. Dado que lo que se pretende es corregir una teoría que, como se ha visto,

15. M. Sandel, *Filosofía Pública: ensayos sobre moral en política*, Marbot 2008, p. 138.

afecta a todos los órdenes de la vida, este concepto –sostenibilidad– no puede circunscribirse al campo de la ecología o de las finanzas, sino que debe trasladarse dicho paradigma a todo el ordenamiento. Conocida la situación y la importancia de este principio, estamos ahora en mejores condiciones de explicar el efecto de la sostenibilidad en la materia concreta a la que nos vamos a referir.

2. Sostenibilidad y otros conceptos afines en el ordenamiento jurídico

Siguiendo la lógica expresada en el epígrafe anterior, la cuestión de la sostenibilidad se ha situado en los últimos años como un paradigma deseable en programas políticos, proyectos de toda naturaleza y prácticamente cualquier actividad humana. De hecho, los llamados Objetivos de Desarrollo Sostenible asociados a la Agenda 2030 nos demuestran que se trata de una idea que no está vinculada exclusivamente con un campo como el de la emergencia climática y el calentamiento global, sino que se extiende a otros ámbitos como la educación, el consumo/producción responsable, el diseño de las ciudades; además del crecimiento económico, la industria, innovación e infraestructuras y la reducción de las desigualdades¹⁶.

En el ámbito del mercado, de la empresa y de la economía en general, la cuestión ha generado diferentes términos y líneas de actuación, que se han trasladado al plano jurídico¹⁷. De hecho, con frecuencia se usan los vocablos «responsabilidad social corporativa», «buen gobierno», «sostenibilidad» o «estrategias ESG» (*Environmental, Social and Governance*); sin que existan delimitaciones claras entre unos y otros¹⁸. No es nuestra tarea llevar a cabo tal caracterización de modo completo y profundo, pero resulta necesario determinar nuestra posición alrededor del problema terminológico, lo que permitirá comprender

16. Nos referimos a los Objetivos de Desarrollo Sostenible 8 a 12, en el marco de la Agenda 2030 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 25 de septiembre de 2015.

17. No obstante, cabe hablar en términos más generales aun de responsabilidad social de las organizaciones, lo que afecta también a Administraciones Públicas, Fundaciones, etc. En este sentido: Y. García Calvente/M. Soto Moya, *Manual de responsabilidad social de las organizaciones*, Comares 2019, p. 3

18. A. Sequeira, *El desarrollo de la responsabilidad social corporativa versus sostenibilidad y su relación con el gobierno corporativo en las directivas comunitarias y en el Derecho español de las sociedades cotizadas*, *Responsabilidad, economía e innovación social corporativa* (dir., Vargas Vasserot C.), Marcial Pons 2021, pp. 40-41.

a su vez el enfoque de este trabajo. A priori, debemos constatar que la responsabilidad social de las empresas, en términos generales, es un concepto abierto y que se relaciona con la defensa de valores colectivos asumidos por la sociedad. De este modo, nos referimos a una forma de actuación que apela a la función social de las empresas y al compromiso con la comunidad¹⁹. Sin embargo, ello no debe confundirse con el término «responsabilidad social corporativa», más concreto, y que se centra en la incorporación voluntaria de una serie de prácticas y políticas empresariales a favor de determinados valores que se han generalizado tras su colocación en las agendas decisorias por ciertos grupos de presión. El origen remoto de este concepto se encuentra en la cultura anglosajona, y más concretamente en el asociacionismo decimonónico a favor de un desarrollo productivo que pudiera conciliarse con otros valores como el apoyo a la comunidad. Esta idea trata de trasladar a la vida económica una cierta moralización y compromiso con valores ajenos al puro ánimo de lucro. De algún modo, la proyección de la «responsabilidad social corporativa» viene a imponer ciertos límites que, sin interferir en la organización de la actividad de empresa, pueden racionalizar la comercialización de algunos productos o rechazar prácticas socialmente reprobables²⁰; y todo ello sobre la base no solo –no tanto– de los posibles beneficios para los accionistas, sino para proteger a los *stakeholders* que, por otra parte, juegan también un papel importante en el éxito empresarial²¹. A partir de la progresiva institucionalización de dichas prácticas nace el concepto de RSC que ha generado tanto interés en el mundo de la empresa y del Derecho. En ese sentido, si tomamos la definición –más actual y consciente de dicha institucionalización– de la Profesora Boldó: «la RSC es la forma de conducir los negocios de las empresas, que se caracteriza por tener en cuenta los impactos que todos los aspectos de sus actividades generan sobre sus clientes, empleados, accionistas, comunidades locales, medioambiente y sobre la sociedad en general. Implica el cumplimiento de obligaciones de la legislación nacional e internacional en el ámbito social, laboral, medioambiental y de Derechos Humanos, así como cualquier otra acción voluntaria que la empresa quiera emprender para mejorar la calidad de vida de

19. R. Valpuesta Fernández, *La responsabilidad social corporativa: una reflexión*, en *Revista de Direito Economico e Socioambiental*, v. 3, n. 1, 2012, p. 172.

20. R. Valpuesta Fernández, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, pp. 172-173.

21. Explicando el interés también económico de respetar estos estándares, poniendo en valor la posición de los *stakeholders* y no solo el retorno a los accionistas, R. Valpuesta Fernández, *La responsabilidad social...*, *op. cit.*, p. 174.

sus empleados, las comunidades en las que opera y de la sociedad en su conjunto»²². Siguiendo el razonamiento de la autora, el conjunto de prácticas y sistemas de gestión empresarial propios de la RSC supone un modo de equilibrar las dimensiones económica, social y ambiental.

De este modo, la sostenibilidad debe encontrar también un encaje no solo semántico, sino también lógico para justificar su valor de manera autónoma. ¿A qué nos referimos? ¿Es un término equivalente a los ya citados? Consideramos que con el concepto de sostenibilidad actual se van a superar los límites dibujados por las primeras formulaciones aquí descritas. Esto es lo que en nuestra opinión otorga al fenómeno una verdadera novedad y transversalidad. La idea no es fruto de un encaje brusco y oportunista, sino resultado de una diseminación del concepto sostenibilidad, que hoy en día no sirve únicamente para dar cauce a aquellas prácticas responsables socialmente, las que derivan de la llamada responsabilidad social corporativa o aquellas que se incorporan a las normas o recomendaciones de buen gobierno. Actualmente nos referimos a la sostenibilidad desde diversos puntos de vista: empresarial, ambiental, financiero, urbanístico, económico, institucional, democrático, energético, etc.

Esta visión más amplia de la sostenibilidad ha aumentado la proyección del fenómeno, trasladando una lógica de mera reducción de impactos sobre determinados aspectos de la vida, a otra en que el propio crecimiento económico debe ser jalonado sobre pilares que puedan asegurar el mantenimiento efectivo de dichos procesos *lungo tempore*. La dispersión del concepto de sostenibilidad, que se extiende y penetra en cada aspecto del desarrollo económico y social, ha determinado que en la esfera empresarial se hayan de tener en cuenta numerosos aspectos que hasta el momento no han sido considerados. Asumimos en este punto que algunos operadores del mercado²³ mantienen una actividad

22. C. Boldó, *Responsabilidad social corporativa y Derecho mercantil, Responsabilidad Social Corporativa. Nuevos retos, nuevas soluciones* (dir. Boldó, C.), Universidad Jaume I 2020, p. 17.

23. El término se usa de modo deliberado, atendiendo a la lógica que expresa el Proyecto de Código Mercantil de 29 de mayo de 2014 (artículo 001-2), que nunca ha llegado a aprobarse y por tanto no se encuentra vigente en España, pero que expresa la modernización conceptual del Derecho mercantil, que debe pasar por situar como sujeto de tales normas, en un mundo absolutamente mercantilizado y globalizado, no solo al empresario (en cualquiera de sus formas) ni a quienes desarrollan la actividad de empresa, sino a todos los operadores que ejerzan alguna actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales; incluyendo también

constante desde hace décadas –siglos en algunos casos– y que no solo su voluntad, sino el sentido común nos lleva a pensar que seguirán en esa línea de influencia y presencia futura. Y ello nos lleva a hacernos algunas preguntas al respecto. Estos operadores, generalmente grandes empresas –propiedad de grandes sociedades–, aparecieron en un contexto determinado caracterizado por el aumento de producción, la revolución industrial y tecnológica, nuevas oportunidades de negocio; momento en que no era tan acuciante ni estaba tan presente la preocupación por el futuro. No obstante, el lugar en el que van a seguir desarrollando estas actividades económicas es el mundo en el que vive la sociedad actual y, sobre todo, donde vivirá la sociedad futura, en la que de manera prospectiva podemos identificar –sin grandes dificultades– diversos problemas conectados a la falta de sostenibilidad del sistema. Esta al fin y al cabo es la lógica del concepto en clave empresarial y económica, que nos tiene que llevar a reflexionar sobre si las normas actuales del mercado deberían tener en consideración que el contexto en el que estos operadores van a promover la contratación de bienes y servicios está caracterizado por otra lógicas muy distintas a las de su génesis: derechos sociales y laborales que antes no existían, un escenario de escasez de recursos naturales, inflación y carestía de materias primas por numerosos factores entre los que se encuentran conflictos bélicos, falta de componentes electrónicos, una evidente y creciente superpoblación, el cambio climático y la emergencia que ello supone, el aumento del peso de la tecnología y la inteligencia artificial, la globalización a través de redes sociales, etc. En un mundo que ha cambiado, es razonable pensar que deban hacerlo también las reglas del mercado si queremos asegurar una evolución sostenible a todos los niveles. La situación varía y ello obliga a que se produzca la novación del contrato –social–.

Sin duda, la RSC y la sostenibilidad, e incluso la materialización de éstas en diversas normas (como las de buen gobierno) vienen a poner de relieve el fin social de diversos actores del sistema económico, y muy particularmente las grandes sociedades²⁴. No obstante, centrándonos en la sostenibilidad como paraguas que puede acoger de modo más amplio las distintas lógicas relacionadas con estos procesos, queremos

actividades científicas, intelectuales, liberales o artísticas. De hecho, el artículo 001-1 del Anteproyecto señala que su objeto es: regular «el mercado de bienes y servicios en todo el territorio español, el estatuto de las personas incluidas en su ámbito y las actividades desarrolladas en el mercado».

24. A. Sequeira, *El desarrollo de la responsabilidad social...*, op. cit., p. 47.

atender a la capacidad del concepto para producir diversas tendencias legislativas que afectan a materias que dentro del Derecho mercantil se refieren a muy diversos campos.

3. Enfoque sostenible del derecho mercantil

En Derecho mercantil será importante atender al concepto de sostenibilidad desde un punto de vista empresarial. No asumir este concepto supondría condenar a actores fundamentales del sistema económico –empresarios, profesionales– a un distanciamiento respecto del territorio en que se desenvuelven y la sociedad a la que ofrecen sus bienes y servicios en masa. La falta de identificación entre empresa y comunidad lleva a una pérdida de valores en el desarrollo de actividades económicas que dificultan el éxito y la aceptación de los operadores en el mercado.

Para incorporar a la esfera jurídico-mercantil el paradigma de la sostenibilidad, contamos en Derecho español con un punto de partida fundamental, como es artículo 38 de la Constitución Española: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». La economía capitalista es por tanto reconocida a nivel jurídico como la base de nuestro sistema (incluso con un mandato a los poderes públicos de protegerla y defender su funcionamiento), lo que viene a confirmar algo que en el plano ideológico y económico ya sabíamos y hemos tratado en este trabajo. No obstante, lo que sí se presenta como una «novedad» es la segunda parte del precepto en que se trasluce una cierta flexibilidad al tratar estos postulados. En concreto, se alude a la posibilidad de hacer ceder los principios de la economía de mercado cuando esto sea aconsejable de acuerdo con las exigencias de la economía, con lo que entendemos que se hace referencia a razones de utilidad social; o bien cuando así lo determine la planificación económica. Ciertamente la economía capitalista y la planificación (o cualquier forma de intervención) parecen en principio antagónicos, aunque se vuelven conciliables desde el enfoque evolucionado de la economía de mercado.

Se plantea pues un debate complejo pero que puede resolverse si atendemos a lo que hemos expresado más arriba acerca del desarrollo del capitalismo moderno. En las democracias occidentales contemporáneas,

el liberalismo puro, entendido como la absoluta desregulación de los mercados no genera el sistema ideal que propone. Los fallos del mercado y los vicios que este sistema económico reproduce o agudiza, como la desigualdad, han llevado a la introducción de numerosos criterios correctores. De este modo ha de comprenderse que la Constitución Española se refiera a un sistema de economía de mercado en el que los poderes públicos, partiendo de esa base, puedan llevar a cabo actuaciones que se separen del marco netamente capitalista. Ello se consigue a través de la planificación o la implementación de medidas de utilidad social como subvenciones, actividades y servicios públicos, empresas participadas por las administraciones, ayudas, reglas de entrada en ciertos mercados, control de precios, etc.

Además, a nivel jurídico esta lógica ha encontrado refrendo en el desarrollo de las teorías que explican el objeto del Derecho mercantil. Ha sido superada la caracterización del mismo como un «Derecho del capitalismo», sin que sea posible desde nuestro punto de vista verificar la superposición de ambas estructuras. Como se ha dicho, hoy el Derecho que estudia a los operadores del mercado no se centra únicamente en instituciones capitalistas, sino que atiende a numerosos elementos incorporados a través de esos procesos de matización del sistema económico y que hoy se entienden como parte del Derecho mercantil (las reglas sobre competencia o publicidad son buen ejemplo de ello). Por otra parte, no podemos olvidar que el Derecho mercantil es muy anterior a la teoría económica liberal. Por tanto, y aunque su desarrollo actual sea posible gracias a la expresión de ciertos valores de la economía de mercado (la libertad, fundamentalmente), el Derecho mercantil no puede asumirse como un Derecho del capitalismo ni de los actos patrimonialmente relevantes que derivan de él.

4. Insolvencia y sostenibilidad: normas correctoras

A. Punto de partida: la satisfacción de los acreedores

Así las cosas, parece razonable señalar que desde cualquier punto de vista y sector del Derecho –mercantil– será posible pensar en normas que favorezcan un sistema más sostenible. Si este paradigma debe impregnar todo el ordenamiento, quiere decir que no está únicamente conectado a una cuestión ecológica o de planificación de recursos. Como hemos señalado anteriormente, existe también una sostenibilidad financiera o

económica que conecta la situación de los operadores del mercado con sus perspectivas de futuro; y sus resultados con una aplicación de los mismos que permita asegurar su estabilización y el cumplimiento de fines distintos al lucro individual.

Considerando el Derecho concursal como un sector del Derecho que determina el reparto de pérdidas ante situaciones de insolvencia y otros desequilibrios financieros, podemos también determinar la existencia de una fórmula o receta capitalista en la conformación de las reglas que lo componen. Ese ideal se cumpliría en un sistema que determinara la satisfacción inmediata de los acreedores a través de la liquidación del patrimonio del concursado –o sujeto sometido a la institución correspondiente–, sin más objetivo que tratar de hacer cumplir al deudor sus obligaciones en la medida de lo posible. Ello por supuesto conllevaría la insatisfacción de parte de los acreedores, dado que se parte de situaciones de estrés financiero e incapacidad de pago, pero se cumpliría una máxima capitalista –en su versión más pura– de expulsar del mercado a todo agente ineficiente. Y no podemos negar que este objetivo es uno de los principales de la norma concursal en España, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC), dado que la liquidación concursal²⁵ –la solución más habitual al problema– supone la asignación del patrimonio del deudor entre los acreedores siguiendo un orden de prelación establecido por la propia ley. Decía a este respecto el Profesor Bisbal (en relación a un instituto ya derogado): «La quiebra no es por sí misma un mal, aunque su historia esté repleta de biografías dramáticas. La quiebra es un hecho que debe estar presente en el horizonte estratégico del empresario. Tanto en los buenos como en los malos tiempos, la posibilidad del fracaso futuro no ha de ser ocultada al optimismo presente. La quiebra es algo inherente al mercado, como un mal inevitable y necesario del sistema capitalista»²⁶.

B. Nuevo paradigma: sostenibilidad en los niveles micro y macro

Sin embargo, ese plano concursal liquidatorio está sufriendo un proceso de descrédito, precisamente porque la satisfacción inmediata de

25. Arts. 406 y ss. TRLC.

26. J. Bisbal Méndez, *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Publicaciones del Real Colegio de España 1986, p. 25; *Los fines del sistema concursal. Una aproximación económica al Derecho de quiebras*, *Revista Jurídica de Catalunya*, Volumen 83, n° 3, 1984, p. 559.

los acreedores genera la destrucción de factores productivos asociados a la actividad del deudor, es decir, no se trata ésta de una solución sostenible. La pérdida de recursos económicos, naturales y tecnológicos que son consecuencia de una liquidación concursal parece contraria al concepto de sostenibilidad a nivel micro. De otra parte, estas fórmulas provocan una dinámica destructiva al repercutir el desequilibrio económico de un actor del sistema en sus acreedores, que pueden terminar cayendo en insolvencia como víctimas de un efecto cadena. En este sentido, las soluciones liquidatorias en Derecho concursal tampoco favorecen la sostenibilidad a nivel macro, al extender las consecuencias negativas de una crisis económica, diseminándola a los terceros, esto es, al mercado. Esa destrucción de factores productivos es además asumida por la sociedad en su conjunto, que pierde la posibilidad de beneficiarse de la actividad de esos agentes/operadores, que son expulsados en sede concursal.

Otro tipo de Derecho concursal puede plantearse, admitiendo que la insolvencia es una situación posible, aunque no deseable, y que en muchas ocasiones puede revertirse si las normas ofrecen el apoyo necesario para ello. En este sentido, las tesis conformadoras del ideal de una economía sostenible pueden trasladarse también al Derecho concursal. Si no hay inconveniente en entender esta cuestión cuando se habla del reparto de beneficios de las sociedades y se proponen fórmulas que tienen en cuenta no solo el lucro de sus integrantes, ¿por qué no admitir que también puede hacerse un reparto de pérdidas que favorezca la sostenibilidad? Aunque no se aluda de modo concreto a esta justificación, creemos que la idea está en la base de las acciones legislativas que la UE está llevando a cabo en materia concursal en los últimos años. A título de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, podemos citar la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial²⁷, que expresa la necesidad de cambiar la concepción sobre el deudor que tiene que hacer uso de las instituciones del Derecho concursal, favoreciendo su mantenimiento en el mercado a través de sistemas de segunda oportunidad y acabar así con las connotaciones peyorativas y de fracaso que pesan sobre el mismo; y la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia

27. Publicada en DOUE de 14 de marzo de 2014.

de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva 2017/1132. Este texto, ya si de obligada transposición en los Estados miembro, ha producido una revolución en el Derecho concursal de la UE al elevar a necesarios algunos instrumentos como los «planes de reestructuración» (es su denominación en España) o la exoneración del pasivo insatisfecho.

Parece pues que la dinámica normativa, aunque a través de un agente exógeno como la UE, está produciendo cambios sensibles Europa, legisándose a favor de un Derecho concursal más sostenible, esto es, en el que el reparto de pérdidas no se base en un criterio exclusivamente capitalista (lo que provoca la expulsión automática del deudor en concurso del sistema), sino facilitando soluciones más sostenibles desde el punto de vista económico y financiero tanto para el deudor como para los terceros que se relacionan con él. Esto además impide la destrucción de factores productivos, que en muchas ocasiones afecta a bienes o recursos escasos, naturales, industriales, etc. Ello quiere decir que es posible legislar en el sistema de economía de mercado favoreciendo un Derecho de la insolvencia más sostenible tanto a nivel micro, como a escala macro.

C. Mecanismos de implementación

En razón de todo lo expuesto, podemos destacar los principales mecanismos que puede emplear la legislación concursal para incorporar a su acervo normas que favorecen una aplicación más sostenible de este sector del Derecho, frente al clásico esquema liquidatorio propio del modelo capitalista.

C.1. Sistemas de alerta

Una de los temas en los que la Directiva 2019/1023 hace especial hincapié es en los mecanismos de alerta temprana. Para comprender su importancia debemos saber que la consideración de esta norma para promover los marcos de reestructuración preventiva es que el éxito de los mecanismos concursales depende en gran medida del uso tempestivo de los mismos²⁸. Es decir, el Derecho concursal mejora sus expectativas cuando se aplica de manera preventiva y no en un estadio de insolvencia definitiva. Es por ello que resulta fundamental

28. *Vid.*, nuestro trabajo: G.A. García Escobar, *Las instituciones del Derecho concursal. Revisión histórica y crítica*, Atelier 2023, pp. 215 y ss.

contar con instrumentos que permitan a los operadores del mercado, principalmente a empresarios y profesionales²⁹, tener conocimiento de una situación de estrés financiero que pueda comprometer el futuro de su actividad. En este sentido, los posibles mecanismos de alerta son instrumentos ligados desde su concepción a una mayor sostenibilidad financiera.

El legislador español se ha hecho cargo tímidamente de ese mandato contenido en la directiva europea, y a través de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que reforma el TRLC, asume algunos instrumentos de esta naturaleza. En primer lugar, la disposición final 12ª de la citada Ley 16/2022 determina que el Gobierno español deberá promover «la prestación de servicios de asesoramiento a pequeñas y medianas empresas en dificultades en un estadio temprano de dificultades con el propósito de evitar su insolvencia». Se tratará de un servicio confidencial y bajo petición del interesado, que de momento no encuentra un respaldo jurídico que materialice este instrumento con la autonomía que promete el legislador. De otra parte, contiene también el TRLC³⁰ un mandato de crear una plataforma online con una herramienta de «autodiagnóstico de salud empresarial», que cuenta ya con su sede electrónica³¹. A través de la misma, es posible evaluar la solvencia de pequeñas y medianas empresas en dificultades mediante un cuestionario que el propio empresario rellena³², obteniendo una evaluación de su situación financiera. Aunque este mecanismo es interesante, el modelo español a este respecto aun está ciertamente menos evolucionado que el de otros países de Europa y del mundo, que están incorporando el uso –por ejemplo– de inteligencia artificial, cuyas potencialidades en este ámbito pueden ser muy relevantes para el éxito del sistema. En España todavía tenemos parte del modelo sin implementar, mientras que la web de autodiagnóstico depende del recurso voluntario a la misma por parte de los empresarios, lo que reduce las perspectivas de éxito de estos instrumentos. Sin embargo, los esfuerzos en este sentido deben ser valorados positivamente, y la senda de la prevención en materia concursal tiene que seguir siendo explorada si se quiere mejorar la tasa de éxito de nuestros institutos concursales. La sostenibilidad financiera

29. En los que el riesgo de propagar su insolvencia a terceros es mayor.

30. Disposición adicional 5ª, TRLC.

31. Gestionado por el Minsiterio de Industria y Turismo.

32. Los temas del cuestionario son: finanzas y gestión económica, planificación y control, relaciones comerciales con clientes y proveedores, recursos humanos, familia y vida personal, apoyo y asesoramiento legal y redes sociales y comercio electrónico.

en este punto depende en gran medida de la creación de mecanismos de alerta eficaces que nos avisen a tiempo de los eventos que pueden poner en riesgo a algún operador del mercado.

C.2. Presupuesto objetivo

Conectada a la cuestión anterior, resulta fundamental para mejorar las perspectivas de éxito de los institutos preconcursales, el establecimiento de un presupuesto objetivo coherente con los objetivos de la norma³³. Aquí la tesis que defendemos es que si existen diferentes formas de desequilibrio económico que pueden afectar al deudor con una pluralidad de acreedores, seguramente deban también las normas concursales hacerse cargo de esa variedad patológico-económica. En este punto, el ordenamiento español –con la reforma de 2022– ha abierto tímidamente esta cuestión añadiendo al clásico estado de insolvencia (actual o inminente), el concepto de probabilidad de insolvencia³⁴. No obstante, el hecho de que dicho estadio dependa de una previsión del propio deudor, y que se trate además de una previsión a dos años vista, dificulta mucho que quien no cuente con un personal especializado sea capaz de reconocerse en tales términos. En cualquier caso, queremos llamar la atención sobre este concepto, criticando que sea, al igual que la insolvencia, definido en términos de capacidad de pago. Como hemos señalado más arriba, creemos que el abanico de desequilibrios económicos es amplio y la legislación concursal debería recoger esa riqueza. No está en la misma situación quien no puede pagar de ningún modo que quien goza de patrimonio pero no de liquidez, ni tampoco se identifica con aquel cuya dificultad es de acceso al crédito. Incapacidad de pago, desbalance, iliquidez, desequilibrio interno, imposibilidad de obtener crédito... todas ellas son crisis de distinta tipología y seguramente debieran ser tratadas en sede concursal con remedios diferentes. El legislador español obliga a diagnosticar siempre del mismo modo para emplear una medicina genérica, y que no siempre se adapta a las necesidades del caso. Para mejorar la efectividad del sistema

33. Sobre la instrumentalización del presupuesto objetivo del concurso en función de los intereses tutelados: F. Cerdá Albero, *La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso*, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Marcial Pons 2005, p. 958.

34. Artículo 584.2 TRLC: «Se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años».

preconcurso, y por ende provocar un mayor éxito de las instituciones que lo hacen más favorable al paradigma de la sostenibilidad, creemos que debería abrirse el presupuesto objetivo a otras situaciones fácticas.

C.3. Tutela pública de los acuerdos entre el deudor y los acreedores

Los instrumentos negociales que sirven para solucionar las crisis económicas de los operadores privados del mercado son los que a priori pueden facilitar de la mejor manera la sostenibilidad financiera si damos por buenos los razonamientos aquí empleados acerca del uso preventivo y tempestivo del Derecho concursal. Pues bien, estos mecanismos pacticios y no necesariamente liquidatorios, derivan de acuerdos que se realizan entre el deudor y los acreedores. No obstante, y aunque existen naturalmente intereses privados que se dirimen en dichos acuerdos, estamos ante situaciones en las existen también intereses colectivos y de carácter público. Si atendemos al riesgo de «contagio» de la insolvencia, entenderemos que para el legislador la promoción y el control del contenido de estos instrumentos preconcursales es fundamental de cara a asegurar la perdurabilidad de los recursos o factores productivos. Así las cosas, la existencia de incentivos reales a los deudores y a los acreedores para acceder al concurso, en lugar de esperar a que la situación derive en insolvencia definitiva es una cuestión no bien resuelta por el legislador español y de la que habrá que ocuparse en el futuro próximo. El problema no acaba con la configuración de los mecanismos preconcursales, sino que éstos tienen que ser atractivos para sus posibles usuarios. A este respecto, creemos que los planes de reestructuración³⁵ o los planes de continuidad dentro de los procedimientos para microempresas³⁶, no pueden ser una oportunidad de negocio para las entidades financieras más allá de lo estrictamente razonable. Se hace esta consideración porque ha sido una constante en la experiencia preconcursal española de los últimos años (por ejemplo, en materia de acuerdos de refinanciación homologados³⁷) el establecimiento de una serie de condiciones y cláusulas³⁸ ciertamente

35. Esta es la denominación que da el Libro II del TRLC al concurso ordinario en España.

36. Es el cauce negocial dentro del Libro III del TRLC, dedicado únicamente a microempresas.

37. Instituto derogado en el año 2022.

38. Entre las que destacamos *covenants*, cláusulas *anti-waiver*, precios elevados a través de nuevos intereses y otras condiciones que se imponen únicamente a la parte refinanciada.

beneficiosas para las entidades bancarias refinanciadoras, que en lugar de mejorar las perspectivas de futuro del deudor, en muchas ocasiones solo le condenaban a mantener su situación de crisis de manera indefinida, o a postergar el momento en que se produjera la irremediable insolvencia. Creemos que estos acuerdos que suponen una reasignación de recursos sobre la base de la buena voluntad de los acreedores que refinancian, deben proteger la posición de éstos –solo faltaría–, pero no pueden suponer una oportunidad de negocio más lucrativo que el preexistente. Entendemos que dicha reasignación debe responder a criterios de justicia y de sostenibilidad, favoreciendo la viabilidad del deudor y sus relaciones crediticias.

C.4. Graduación de créditos

El Derecho concursal, cuando no es posible aplicar remedios preventivos, acude al escenario de liquidación que hemos caracterizado aquí como la situación menos sostenible por diversas razones. No obstante, incluso en esa situación, las operaciones de ejecución patrimonial pueden servir para hacer una reasignación de recursos más o menos encaminada a la sostenibilidad de los principales actores del sistema. De este modo, los privilegios concursales, concepto conocido en cualquier legislación de esta naturaleza, son los que van a determinar el modelo de justicia concursal que se quiere imponer.

Así, se puede calificar el caso español como un sistema concursal poco orientado hacia la supervivencia de los acreedores privados, exceptuando las entidades financieras, bancarias y de crédito. Ello ocurre dado que la clasificación de créditos³⁹ tiende, de modo muy resumido, a situar en la parte alta del esquema de prelación aquellos acreedores cuyas deudas están garantizadas mediante garantía real (prenda o hipoteca) y que son fundamentalmente los bancos; y a los acreedores de Derecho público, con especial mención a la Hacienda Pública y la Tesorería General de la Seguridad Social. Junto a ellos, también los trabajadores (ya sea por créditos salariales o por indemnizaciones de distinto tipo) también gozan de una especial protección a estos efectos. Luego el orden de prelación privilegia por distintas razones a ciertos acreedores de naturaleza privada y a las Administraciones Públicas. Dicho esto, y entendiendo las razones que pueden llevar a mejorar la posición de tales

39. Que divide y distingue entre: créditos contra la masa o concursales; y dentro de estos últimos, créditos con privilegio especial, con privilegio general, ordinarios o subordinados.

sujetos, consideramos que el crédito público está sobreprotegido en el sistema concursal español⁴⁰ y que sería positivo, en aras de una mejor reasignación de recursos, la reserva de mayores cotas del caudal de la liquidación concursal a los acreedores de Derecho privado, que suelen depender de sus deudores para poder continuar con su actividad.

C.5. Instrumentos de garantía comportamental

Finalmente, la experiencia española en materia concursal nos muestra que es posible incorporar a determinados institutos o herramientas del sistema, garantías de naturaleza comportamental; recurso que consideramos infrautilizado. Por ejemplo, si acudimos a la exoneración del pasivo insatisfecho, el artículo 487 TRLC impide al deudor acceder a ese derecho⁴¹ si incurre en determinados comportamientos como: haber sido condenado en los últimos diez años a penas privativas de libertad por ciertos delitos o haber sido sancionado por infracciones tributarias graves, ser declarado culpable en el procedimiento de concurso⁴², incumplir los deberes de información y colaboración con el juez, proporcionar información falsa o engañosa, etc. Bien, pues si este mecanismo no es desconocido para el Derecho concursal, ¿por qué no incorporar garantías de comportamiento a favor de la sostenibilidad ambiental o de otra naturaleza? Sería perfectamente posible establecer un *covenant verde*⁴³ que obligara a quien quiera disfrutar de la exoneración del pasivo insatisfecho, incluso a quien quiera acceder a un plan de reestructuración (preconcurso), a respetar una serie de mínimos en materia ecológica (que podrían concretarse en el uso de materiales biodegradables, compromisos de reciclaje, auditorías internas o externas...). De este modo, sería posible cerrar el círculo de la sostenibilidad, atendiendo a la proyección general del fenómeno

40. Esta es una crítica ya clásica por parte de la doctrina española. Por todos, A. Sendra Albiñana, *Segunda oportunidad, crédito público y Texto Refundido de la Ley Concursal... ¿ultra vires?*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n° 34, 2021.

41. Así, como un derecho, es como se concibe en el TRLC.

42. Que depende a su vez de incurrir en comportamientos que determinan la generación o agravación de la situación de insolvencia mediando dolo o culpa grave (art. 442 TRLC).

43. Sobre los *covenants* financieros que se exigían en relación con los ya derogados acuerdos de refinanciación, G.A. García Escobar, *Cláusulas relevantes en el contexto de emergencias sanitarias. Especial referencia a los acuerdos de refinanciación en la crisis del Covid-19, Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública* (coords. Atienza, E./ Rodríguez Ayuso J.F.), Dykinson 2020, pp. 121-137.

que hemos defendido desde el inicio de este trabajo. Se conseguiría que sostenibilidad ambiental y sostenibilidad financiera se dieran la mano y formaran parte de un Derecho que en líneas generales pusiera el foco de modo más claro en el futuro y en la creación de reglas que faciliten la supervivencia a todos los niveles de nuestro sistema y nuestro modo de vida. Aquí el interés público es evidente y parece lógico que si un deudor desea beneficiarse de institutos que suponen un tratamiento atenuado de su crisis económica, deba también revertir ese trato benévolo en el resto de la sociedad, que soporta el riesgo de mantenerlo en el sistema, a cambio de –entre otros– colaborar a disminuir la presión a la que estamos sometiendo al medio ambiente.

5. A modo de conclusión

Sin pretensión de concluir, pues este trabajo es una puerta abierta a nuevos enfoques en el estudio del Derecho mercantil y del Derecho concursal en particular, queremos señalar que el siglo XXI va a ser, a nuestro juicio, aquel en el que las tradiciones jurídicas, a veces más rígidas o estáticas de lo que la sociedad demanda, deban flexibilizarse o matizarse en favor de fenómenos que a escala global ponen en problemas tales concepciones.

Del mismo modo que el liberalismo ideológico y económico ha venido corrigiéndose desde sus inicios hasta la actualidad, el Derecho mercantil y la legislación sobre crisis económicas tiene que hacerse cargo de un déficit de sostenibilidad en su configuración, entendiendo que dicho concepto no será más un término que aluda exclusivamente a la mejora de las condiciones climáticas y ambientales, sino que afecta a prácticamente cualquier norma, debiendo el legislador buscar un enfoque de perdurabilidad en el tiempo que hasta ahora no se ha explorado en profundidad. La sostenibilidad económica y financiera se unen a la ambiental y energética y conforman un bloque teórico fuerte que tiene que considerarse al crear Derecho. El concepto viene a completar términos como responsabilidad social o buen gobierno, que tanto han influido en el Derecho mercantil en los últimos años, aunque desde puntos de vista más restringidos que el que ahora se propone.

En materia de Derecho concursal se han destacado aquí varias líneas de actuación que podrían –que pueden, puesto que algunos se están implementando en España– coadyuvar a la promoción de la sostenibilidad en este sector del ordenamiento. La colisión entre

algunos principios del sistema clásico de respuesta ante la insolvencia está resolviéndose desde instancias europeas a favor de estas y otras actuaciones similares, componiendo un Derecho concursal más centrado en la salvación y mantenimiento del deudor, que en la liquidación de su patrimonio. A partir de ahí es claro el interés público en esta cuestión y por ende la puerta abierta a la intervención y control de ciertas herramientas concursales para generar un sistema más balanceado, más proclive al ideal de la sostenibilidad. Para acabar, queremos señalar que las líneas aquí propuestas no son las que generarán un mejor Derecho concursal necesariamente. De hecho, no es posible dar medida de qué legislación sobre insolvencia es mejor y cuál es peor. En este sentido solo podemos determinar si una norma es o no coherente con los principios u objetivos que la inspiran. Así las cosas, lo que aquí se ha mantenido es un esquema de actuación legislativa que podría llevar las reglas de Derecho concursal –sobre todo en España– hacia el concepto de sostenibilidad, lo que no tiene por qué coincidir con el modelo de justicia concursal que cada uno de nosotros pueda apoyar desde su convencimiento o conocimiento de la materia.

NUEVOS AVANCES EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD EN EL DERECHO SOCIETARIO ESPAÑOL: SOCIEDADES DE BENEFICIO E INTERÉS COMÚN*

José Luis Pérez-Serrabona González

1. Premisa

Algo que va caracterizando a las sociedades mercantiles y convirtiéndose en una exigencia es su sostenibilidad¹ que se entiende como una obligación de los administradores. El Derecho de sociedades está evolucionando para adaptarse a las crecientes exigencias de sostenibilidad impulsadas desde la UE pero también va más lejos porque nuevos modelos societarios están incorporándose a los clásicos tipos o formas, que priorizan la transparencia, el interés –junto al de la sociedad y el de los socios– de otros grupos, la protección del medioambiente, el beneficio a la comunidad, con una visión no del presente y limitada a la empresa concreta sino de futuro y en un marco general y social más amplio, pues las empresas deben asumir un papel activo en la

* Este trabajo tiene su origen en el enviado al *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Ricardo Olivera García*, publicado en Montevideo con título “El reconocimiento en España de las Sociedades de Beneficio e Interés Común” en 2024. Reformado, ampliado y teniendo presentes las novedades doctrinales y documentos de gran interés, aunque pendiente un Reglamento que se espera, se ofrece ahora como un nuevo que conserva la estructura (y parte del contenido) de aquél.

1. J.I. Peinado Gracia, *La sostenibilidad de la sociedad mercantil y la diligencia de los administradores. (Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores)*, Derecho de sociedades: cuestiones sobre órganos sociales / coord. por Eugenio Olmedo Peralta, Antonio F. Galacho Abolaño; María Belén González Fernández (dir.), Amanda Cohen Benchetrit (dir.), Mercedes Sánchez Ruiz (aut.), 2019. Vid. igualmente, *Derecho de sociedades y sostenibilidad*, Dirs. M.^a de la Concepción Chamorro Domínguez y A. Jorge Viera González, la Ley, 2023.

construcción de un futuro más sostenible y responsable. En ese marco puede encuadrarse el reciente reconocimiento legal, en España, de las entidades (sociedades mercantiles) con ánimo de lucro, desarrolladas en algunos países de nuestro entorno y en otros más alejados (quizás con más éxito) que cumplen los requisitos de responsabilidad social, medioambiental y de buen gobierno propios de esta nueva época del Derecho societario, requisitos que suponen un cambio de concepción de la sociedad mercantil, pero que además, junto a ello, utilizan recursos privados para alcanzar un triple objetivo o impacto positivo en la sociedad: económico, social y/o ambiental. Por el momento se trata sólo de un simple reconocimiento, pero, con una regulación adecuada, que no debe demorarse, estas sociedades están llamadas a convertirse en un modelo que puede ocupar un lugar de gran interés en el mercado.

1. Las BCorp como antecedente

Junto al modelo tradicional societario en el que el principal interés es el del socio por lo que el objetivo primordial será incrementar el valor de la sociedad y, de este modo, conseguir la mayor rentabilidad para la sociedad y para el socio, modelo que inspira y hasta condiciona la regulación societaria en la práctica totalidad de los Ordenamientos jurídicos, basados en el ánimo de lucro², en relación con el cumplimiento del objeto social, contenido mínimo de los estatutos de una Sociedad Anónima o una Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículo 23.b) LSC) que está integrado por la actividad o actividades a las que se va a dedicar (y necesariamente tendrá que dedicarse) la sociedad, objeto que delimitará el ámbito de actuación de los administradores sociales y la posibilidad de responder de los actos realizados, extralimitándose de sus facultades por tanto, si se lleva a cabo una actividad diferente de la prevista en los estatutos en relación con ese objeto social determinado, siendo la causa del contrato la de constituir ente con personalidad

2. El artículo 116 del Código de comercio español, por ejemplo, definirá la sociedad mercantil como el contrato en virtud del cual dos o más personas ponen en común bienes, industria, o cualquiera de ambas cosas *para obtener un lucro*, en tanto que el Código civil (artículo 1665) dice que el contrato de 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*. La sociedad debe tener un objeto lícito y establecerse *en interés común de los socios*. Por su parte, la Ley de Sociedades de Capital señalará entre los derechos del socio (Artículo 93) el de “participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación”.

jurídica para el ejercicio de una actividad que proporcione ganancias, que se repartirán entre sus miembros en la proporción que se haya establecido³. Este modelo básico y clásico⁴ camina hacia otro diferente, de carácter voluntario, por lo que habría que asumirlo por parte de la sociedad, en el que, se tienen en cuenta otros intereses que están vinculados con la empresa (sociedad en nuestro caso), que no son sólo los de los socios y el ánimo de lucro que revertirá en los mismos⁵. Se trata del fenómeno B, en el que se integra el impacto socioambiental, en un proceso de desarrollo sostenible que satisface las necesidades de las generaciones presentes, pero sin comprometer, al tratarse de un objetivo a lograr a corto y largo plazo, las posibilidades de las generaciones del futuro⁶. El nuevo modelo persigue modos de negocios más éticos, con mayor repercusión social (más sociales) y más humanistas. No es ajeno a este fenómeno, todo lo contrario, el objetivo 17 de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible (Objetivos para las personas y para el planeta) aprobada por Naciones Unidas en 2015: consumo y producción más sostenibles⁷.

En ese marco, las BCorp son sociedades comprometidas con el planeta que organizan su funcionamiento de forma inclusiva y transparente y son ejemplo de modelos de empresas sostenibles, que no abandonan sus fines económicos y continúan persiguiendo la obtención de beneficios (no son empresas benéficas, en su sentido literal) sino que además, quieren cumplir estándares altos de desempeño social y ambiental, transparencia pública y someterse a un más riguroso régimen de responsabilidad legal y social. Por ello, en la toma de decisiones, que en definitiva es en la actuación en el mercado, tendrán en cuenta

3. Este modelo societario básico y clásico

4. Debe rentabilizarse al máximo el valor de la participación del socio en la sociedad (Shareholder Primacy o Maximizing Shareholder Value), porque el interés del accionista está antes que ningún otro.

5. Stakeholder Theory, que obliga a que, junto al interés del socio, se tenga en cuenta el de los empleados, proveedores, clientes actuales y futuros (consumidores), la comunidad local en la que se implanta la sociedad, el lugar de ubicación del establecimiento y la necesaria preservación del medioambiente, tanto local como global, intereses que no son incompatibles con el de la obtención de una ganancia por arte de la sociedad y del socio.

6. Que llevarán a cabo prácticas, esto es, actividades, propias de un *capitalismo humanista*. D. Vitolo, *Las empresas BIC ¿Realidad o ficción?*, en *Revista de las Sociedades y los Concursos*, año 2, FIDAS, 219-1, p. 223.

7. Vid. *Libro Blanco de las Empresas con Propósito* (2022) y *Libro Verde de las Empresas con Propósito* (2021): <https://lacultivadaediciones.es.pdf>.

necesariamente, junto al interés de la sociedad y de sus socios, el de los trabajadores, clientes, proveedores, la comunidad y el medioambiente⁸.

Para poder considerarse Sociedad BCorp, a falta de una regulación específica y desde la idea de que no se trata de una denominación *legal*, será necesaria una certificación, de carácter privado, que las calificará como tales y, desde ese momento, quienes contraten con esas sociedades saben que están contratando con unos operadores que contribuyen a la mejora de la sociedad. Efectivamente⁹, el comportamiento de las empresas es clave para conseguir la transición a una economía climáticamente neutra, ecológica y al servicio de las personas. Y habrá de variar o matizarse el concepto de interés social de la empresa que, en los nuevos códigos de gobierno corporativo y en los instrumentos comunitarios y decisiones de organismos internacionales y compromisos en el sector privado, van a hacer referencia tanto a los resultados financieros, como a los no financieros. Se está sustituyendo el concepto general de competencia empresarial en el mercado, por otro que pudiéramos llamar de competencia solidaria, en el que no se renuncia al interés propio, pero no se desprecia, sino que se tiene en cuenta y condiciona la propia actividad, el de otros colectivos e intereses, cuestiones que van a resultar compatibles¹⁰.

Como se ha dicho, quien concede a una empresa la certificación de empresa BCorp son entidades privadas, las denominadas BLab, fundaciones sin ánimo de lucro que reciben la solicitud de acreditación, comprueban y evalúan el comportamiento real de la sociedad y, en su caso, acreditan concediendo la consideración de Bcorps y el sello correspondiente, lo que será signo de prestigio y de compromiso social. Eso supondrá un alto compromiso social y medioambiental, un compromiso legal, porque tendrá que someterse a las prescripciones de este tipo empresarial (lo que exigirá una modificación de estatutos en los que entrarán, entre otras menciones, el nuevo objeto social,

8. Vid. J.A. García-Valdecasas Butrón, *Informe mercantil diciembre de 2022. Las BCorps y las sociedades de Beneficio e interés común*, en *Informe Mercantil, Notarios y Registradores.com*, Diciembre 2022, como siempre atinadísimo y oportuno comentario de la nueva figura.

9. Como se señala en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 219/193.

10. C. Guerrero Trevijano, *Interés social y gestión social sostenible*, en *La Ley Digital*, n° 89, 2022. Sobre el ánimo de lucro como elemento distintivo de las sociedades mercantiles, C. Paz-Ares Rodríguez, *Ánimo de lucro y concepto de sociedad*, en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios homenaje a José Girón Tena*, Civitas, 1991, pp. 730 y ss.

al tener que complementarse el originario) y un compromiso de transparencia que facilite la información general y la específica de su condición BCorp. Su impacto positivo radicarà en que las compañías que posean el certificado ganarán la confianza de los consumidores y su ganancia será multidimensional. La ONG BLab ha sido la entidad que ha concedido el título o reconocimiento de B Corporations y, después, BCorps¹¹ en España, donde existe B Lab Spain desde 2015¹²; su desarrollo e implantación es llamativo: creció un 63 % respecto al año anterior con un total de 110 compañías de todos los formatos, tamaños y perfiles de actividad.¹³ Para la certificación ha de cumplir los requisitos más exigentes en términos de rendimiento, responsabilidad social corporativa (RSC) y transparencia, junto a otros criterios económicos (diferencia salarial máxima entre los empleados con mejor y peor sueldo), medioambientales (huella de carbono de la empresa) o sociales (como organiza el bienestar de los empleados). El servicio al interés público ha de ser objetivo y fin (fin añadido a otros) de la empresa y de su actuación lo que se concreta en una adecuada organización del gobierno corporativo; una efectiva política de protección del medio ambiente; un interés por la atención a los trabajadores (considerados como *terceros*, en general, en relación con sus sociedades-empleadoras, a pesar del reconocimiento que se hace de algunos de sus derechos); la relación con su comunidad y grupos de interés (stakeholders); y el propósito social de la empresa, valorados y evaluados, determinarán la concesión de la condición de sociedad de este tipo, que habrá de ser más competitiva y más atractiva para consumidores, para los poderes públicos –quizás con una política que las fomente– y, lo que exige un cambio de la mentalidad en la concepción tradicional de la condición de miembro de la sociedad, para los socios.

11. Según se indica en su propia web Best For The World, impulsado por B Lab, identifica las mejores empresas del mundo en materia de impacto, empresas que cumplen con los más altos estándares de desempeño social y ambiental, responsabilidad legal y transparencia pública. 19 empresas B Corp españolas destacan en la vanguardia mundial, consiguiendo un total de 21 reconocimientos en esta última edición, <https://www.bcorpSpain.es/blog/nueva-economia/best-for-the-world-2022>.

12. Existe previamente otra Fundación B Lab Europe, desde 2013.

13. A escala global, en 2021 eran 4.400 empresas procedentes de 153 industrias y 77 países de todo el mundo las que integraban la comunidad, con una facturación de más de 125.000 millones de euros a escala internacional, de los cuales más de 5.000 millones de euros provienen de B Corps españolas. Si bien los datos son muy variables, remitimos para conocer la implantación en los distintos mercados, así como el número de sociedades de este tipo a en <https://bcorporation.eu/find-a-b-corp/>.

Precisamente ha sido Lab Spain quien ha coordinado la iniciativa EmpresasConPropósito, solicitando el reconocimiento legal de las Sociedades de Beneficio e Interés Común en España¹⁴ con una campaña atractiva y concienciadora que parte de la idea de que el sistema económico, que supone un alto grado de concentración de la riqueza, ha generado graves desequilibrios sociales y daños ambientales, por lo que hay que promover un nuevo modelo económico equitativo, inclusivo y regenerativo para todas las personas y el planeta. Por eso, la ley que reconoce e impulsa las empresas con propósito y *su reglamento son tan necesarios*.

2. Algunos modelos en el Derecho comparado¹⁵

En el ámbito supranacional y, en concreto, en el Derecho Europeo debe citarse la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937*, de 23 de febrero de 2022¹⁶, última de una serie de ellas que han incidido en materia de sostenibilidad entre las que destacan la *Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas*, entre otras muchas¹⁷, en el marco del “Pacto verde

14. Lo que logró con el apoyo de 30.000 firmas, 400 organizaciones y 50 personalidades

15. Vid. Pérez-Serrabona González, *Sobre el reconocimiento de las Sociedades de Beneficio e Interés Común en España*, en *Liber Amicorum Ricardo Olivera García*, Montevideo, 2024, pp. 425 y ss, donde se detallan estos modelos.

16. “La presente Directiva tiene por objeto garantizar que las empresas que operan en el mercado interior contribuyan al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías y las sociedades mediante la identificación, prevención, mitigación, eliminación y minimización de los efectos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos y el medio ambiente relacionados con las propias operaciones de las empresas, sus filiales y sus cadenas de valor”.

17. Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos; Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo y del consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros; Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo y del consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones

Europeo”, tendente a transformar la UE en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna¹⁸ y del *NexGeneration EU* (Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de Empresas)¹⁹. En el ámbito supranacional, de otro lado, citaremos los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas o las líneas Directrices de la OCDE para empresas Multinacionales²⁰, en una muy abundante – a veces no sistemática ni clarificadora normativa-, que ha podido considerarse incluso como excesiva²¹ y en la que consideramos que lo fundamental es integrar y desarrollar los conceptos de “fin común” y de “interés social”.

En los derechos internos la respuesta a estos postulados (o el precedente de los mismos, en algún caso), ha sido desigual. En Europa debe citarse la primera experiencia legislativa en la materia, la Ley belga de 13 de abril de 1995 que reguló la *Société à Finalité Sociale*, una sociedad benéfica que debía incluir en los estatutos el fin social, sociedad que ha desaparecido en la actualidad²².

sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088; Directiva 2011/36/UE Parlamento europeo y del consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, 17 de Noviembre de 2021; Propuesta de Reglamento sobre los productos libres de deforestación; Directiva 2009/125/CE Parlamento europeo y del consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se instaure un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía, (refundición), en unos casos con carácter más general y en otros más específico,

18. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es.

19. https://next-generation-eu.europa.eu/index_en.

20. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/> y <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

21. Vid. Martínez-Echevarría y A. García De Dueñas, *Los acuerdos de ejecución de las políticas de sostenibilidad*, V Congreso Nacional de Derecho de Sociedades, facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, 10 y 11 de febrero de 2022, que propone que los poderes públicos, velando por la sostenibilidad, en sus funciones de supervisar los mercados, deberían “rebajar” la presión regulatoria”, si bien parece referirse especialmente a la normativa nacional. Vid. la relación de estas normas y el comentario que se hace muchas de ellas, S. González Sánchez, *La Sociedad de Beneficio e interés común en la Ley 18/2022 y su regulación en el derecho comparado*, en *Revista de Sociedades*, nº 66 (septiembre-diciembre 2022).

22. Vid. J. Defourny, M. Nyssens, y N. Simon, *De l’association sans but lucratif à la société à finalité sociale*, en *Insertion et nouvelle économie social: un bilan international*, París 1998, pp. 73-98.

En el Derecho italiano la Ley n. 208 de 28 de diciembre de 2015²³ permitió que cualquier tipo societario añadiera al ánimo de lucro en el ejercicio de una actividad económica, uno o más propósitos de beneficio común, debiendo operar de manera responsables, sostenible y transparente con personas, comunidades, territorios y medioambiente²⁴, propósito o fin social que deberá estar incluido en los estatutos o en la escritura de constitución. El objeto social de la *Società Benefit* no va a ser ya sólo la actividad concreta señaladas por los socios en los estatutos o, mejor, cuando se persiga, además, un fin diferente al del objeto-actividad va considerarse conceptual y jurídicamente distinto del fin-causa, existiendo una necesaria relación entre dos conceptos, en principio, diferentes, finalidad de la sociedad y actividad de la misma, debiendo considerarse al objeto social definido en los estatutos como la expresión de la autonomía y de la voluntad de los socios, recogida en los estatutos, y el objeto social en cuanto técnica de reclamo de la disciplina²⁵. Así se incorporó al mercado la *Società Benefit*²⁶, con especiales exigencias de transparencia que le obligará a la elaboración de un informe anual detallado, que deberá publicarse en la web de la sociedad, sobre ese fin social y objetivos perseguidos, su grado de cumplimiento e impacto y las perspectiva de futuro, con consecuencias para los administradores y quedando sujeto el incumplimiento de ese fin a las acciones previstas por publicidad engañosa y por infracción del Código de Consumo, al quedar sometido su control y supervisión a la Comisión de los Mercados y la Competencia italiana.

Esta sociedad ha de entenderse en su concepto legal, que consideramos muy adecuado, como una sociedad que, en el ejercicio de una actividad económica, además del propósito de participar (dividir) en las ganancias, persiguen una o más finalidades de beneficio común y operan de modo responsable, sostenible y transparente en la relación con las personas, comunidad, territorios y medioambiente, bienes y actividades culturales y sociales, entes, asociaciones y otros interesados. Persigue, por lo tanto, de manera institucional el beneficio común, que debe especificarse en o junto al propio objeto social y que se afianza en

23. *Legge di stabilità* 2016, Ley de Presupuestos Generales del estado italiano para 2016.

24. Relación completada en el artículo 376 de la norma citada, al incluir los bienes y actividades culturales y sociales, organizaciones y asociaciones y otros tipos de interés.

25. G.A. Rescio, *L'oggetto della società benefit*, en *Rivista di Diritto civile*, n° 3, 2022.

26. Vid. M. Stella Ritcher, *Società benefit e società non benefit*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 2017, pp. 271-285, con importante comentario a los números 376 a 384 del artículo único de la Ley de 28 de diciembre de 2015, n. 208.

su fin lucrativo, en ese salto de cualidad y calidad en el modo de entender la empresa, que recoge el legislador italiano, de forma que se puede hablar de un verdadero cambio de paradigma económico y empresarial. Hay en ella un empeño de la sociedad y de sus administradores (y una obligación legal) de perseguir un fin añadido al de la obtención de un beneficio, el beneficio común de lo que se debe dar cuenta anualmente por parte de los administradores.²⁷

La regulación de esta clase de sociedad en el Ordenamiento francés vino dada por la Loi Pacte de 2019²⁸, de las más perfeccionadas de los diferentes ordenamientos, que crea y reconoce la llamada en este caso *Société à mission*, con un órgano de control, el *Comité de mission*. La norma permite que sea cualquier tipo social el que pueda adoptar el modelo de estas “empresas más justas” *que llevan a repensar el lugar que han de ocupar en la sociedad*²⁹.

En el ámbito anglosajón, debe mencionarse la *Community Interest Company británica* (CIC) con perfiles propios y ciertamente diferenciados de los que hemos comentado este tipo social que fue regulado por la *Companies Audit, Investigations and Community Enterprise Act 2004*, quedando sometida a esta norma y a la general de sociedades (*Companies Act 2006*), debiendo advertir que la mayor parte de las CIC son *limited by guarantee* (sociedades sin accionistas, pero en las que existen unos garantes que responden personalmente de manera subsidiaria a la sociedad hasta la suma fija garantizada en la constitución), aunque también hay otras *limited by shares* (con el capital dividido en acciones libremente transmisibles) y cooperativas³⁰. Para poder constituirse como CIC es necesaria una autorización previa por parte del Regulador de las Empresas de Interés Comunitario. Quizás ese control externo por un órgano administrativo sería excesivo en España, donde habría de ser creado específicamente³¹.

27. Cfr. D. Stanzione, *Profili ricostruttivi della gestione di società benefit*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 2018, pp. 487-544.

28. Loi n° 2019-486, de 22 de mayo de 2019, relativa à la croissance et transformation des entreprises, que añade la figura al Code de Commerce.

29. B. Teyssié, *Les sociétés à mission*, en *La semaine Juridique*, n° 17, 2012, pp. 826-836, especialmente p. 836. Vid. K. Levillain, B. Sagrestin, y A. Hatchuel, *La mission: une norme de gestion comme fondement de la gouvernance de l'entreprise responsable*, en *Revue Internationale de Droit Économique*, 2021, pp. 193-205.

30. Se calcula que en los diez primeros años desde su regulación, se han creado más de 10.000.

31. Si bien S. González Sánchez, *La sociedad en beneficio...*, cit., a quien hemos seguido en la exposición que hace sobre estructuras en Derecho comparado del

En este mismo ámbito haremos mención de las *Benefit Corporations*³², desde la consideración de la estructura territorial y política de los Estados Unidos en donde la legislación societaria no es federal, sino estatal. El Estado d Maryland, en 2010, reguló este tipo de empresas, lo que fue seguido por otros Estados (hasta un número de 37) cuya legislación, en la mayor parte de los casos, sigue las orientaciones de la *Model Benefit Corporation Legislation*³³ aunque en otros, se sigue el modelo del estado de Delaware que aprobó en 2013 la *Publica Benefit Corporation Act*

En Latinoamérica se ha prestado un gran interés a este tipo de sociedades y puede hablarse de la existencia de un sólido proceso legislativo que entiende que el objeto de una sociedad mercantil no es sólo económico, en interés de la propia sociedad, esto es, de sus socios, sino que debe prestarse atención al interés de trabajadores, clientes, a la comunidad más próxima, la sociedad en general y al medioambiente (*Stakeholder Theory*) en un proceso de transformación de la economía y del mercado. En ese marco las Sociedades de Beneficio e Interés Común están siendo objeto de regulación jurídica, necesario –no sólo en esta región- desde que la ONU, a través del Pacto Global de 2015 aprobara la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible (Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo Sostenible)³⁴ por lo que se intentan nuevos marcos normativos para las sociedades mercantiles y su actividad, con el referente de los modelos que se han seguido en algunos ordenamientos. Por ello, el concepto de Sociedad B.I.C. debe entenderse como una respuesta latinoamericana al modelo de la *Benefit Corporation*, modelo que sin lugar a duda tiene un vocación de exportación internacional que ha permitido que sea incorporado a la realidad latinoamericana y modificado según circunstancias particulares de la región creando, a la vez, una dinámica de reexportación propia³⁵.

cuarto sector, considera que podría ser el Consejo para el Fomento de la Economía Social, integrado a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, creado por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

32. Vid. I. Zavala Ortiz De La Torre, *Las benefit corporations norteamericanas*, en *Deusto Estudios Cooperativos*, núm. 3, 2013, pp. 84-85.

33. Promovida por una organización no gubernamental, sin ánimo de lucro, que funciona en numerosos países, cuyo fin primordial es transformar la economía para mejora de las personas y del planeta: B-lab.

34. Con 17 objetivos y 169 metas, dirigidas a todo el mundo (no sólo a los países en desarrollo) y en particular a América Latina.

35. Como se señala textualmente en C. Connolly, J.D. Mujica Filippi, y S. Noeim, *Movimiento legislativo de Sociedades de Beneficio en interés Colectivo*

Dos casos que pueden citarse en este momento son el de Perú con la Ley de la *Sociedad de Beneficio e Interés Común* (Sociedad BIC), de 2 de noviembre de 2020 que disciplina este nuevo tipo societario como un tipo de sociedad que añade a sus fines propios, otros en beneficio no directo de los socios y la misma sociedad (“es una persona jurídica societaria, constituida válidamente bajo alguno de los tipos societarios previstos..., que se obliga por su propia voluntad a generar un impacto positivo, integrando a su actividad económica la consecución del propósito de beneficio social y ambiental elegido”). En Uruguay se promulga la Ley n° 19.969, con fecha 23 de julio de 2021, en virtud de la cual se crean sociedades comerciales de *Beneficio e Interés Común* y, con igual propósito, los fideicomisos, sociedades con fines de lucro, que asumen una función de agentes del cambio y contribuyen a la solución de las problemáticas sociales y ambientales³⁶.

Con un concepto general de este tipo de sociedades, más o menos similar en todos los Ordenamientos y teniendo en cuenta las

(BIC) en América Latina, <https://drive.google.com/file/d/1KdsX4xelpFRtWs7tV8tCAqymB1nb3sEj/view>, donde se aporta abundante información sobre las BIC, presencia en los diferentes estados, elementos esenciales de las mismas en cada uno de ellos, legislación en trámite y legislación aprobada, citando los casos concretos de Colombia y Ecuador (Ley 1901 de Sociedades B.I.C. 18 de junio de 2018 y Resolución de la Superintendencia de Sociedades de Colombia de 10 de octubre de 2018 que reconoce estándares independientes para la preparación de informes de gestión en las Sociedades BIC, por lo que se refiere a Colombia; y Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación de 7 de enero de 2020. que reconoce a su vez a las Sociedades BIC, con personalidad jurídica específica que agrega a la Ley de Compañías un capítulo sobre Sociedades BIC, -publicado en registro Oficial n° 151 de 28 de febrero de 2020- y el Instructivo de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros que permite a las sociedades que se encuentran bajo la observancia y reglamentación de la Superintendencia -sin que exista una ley al respecto- constituirse o adecuarse como Sociedad BIC, por lo que respecta a Ecuador).

36. Vid. M. Noel Guerrero, *Sociedades y fideicomisos BIC: la cara de una nueva realidad*, en *Agudezas y laberintos: el Derecho comercial de cara a un nuevo paradigma*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2022, pp. 271-276. También D. Flores Moreno, *Noticia de una nueva forma empresarial: las B corp o empresas tipo B*, en *Consolidación y cambios: el fecundo panorama del derecho comercial*, FCU, Montevideo 2014, pp. 80 y ss. Vid. A. Miller, *Sociedades de Beneficio e Interés Común (BIC)*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo 2021, una de las pocas monografías existentes, en todo nivel, sobre estas sociedades (y sobre el fideicomiso BIC), donde hace un estudio general del sistema B, referencia al derecho comparado y un análisis pormenorizado del régimen legal uruguayo que, en breve texto, aborda la denominación de la sociedad, sus requisitos, el régimen de administración, el control y transparencia, el derecho de separación y la descalificación.

singularidades de cada norma, a veces con soluciones contrarias, la atención al Derecho comparado no sólo proporciona una información más completa de esta sociedad con un fin y objeto social propio y diferenciado, en su contenido y estructura, del resto de las sociedades, sino que se presenta y puede considerarse como un material útil y contrastado, de cara a la formulación del estatuto de la sociedad de esta clase, reconocida en la norma española pero aún sin una cobertura legal suficiente o adecuada.

3. El *reconocimiento* legal en España de las Sociedades de Beneficio e Interés Común

En este marco que hemos citado y en el contexto internacional, tanto legislativo como de las agendas políticas, se está llevando al ámbito societario la defensa y promoción del interés general que va más allá del simple ánimo de lucro recogido en el Código de comercio, que pudiera ser el interés particular, en un proceso de socialización del Derecho de Sociedades, como ha destacado Embid Irujo³⁷: se trata de llevar al ámbito societario la defensa y la promoción del interés general. Para ello se ha seguido el camino de la responsabilidad social corporativa, que está siendo desplazada por la idea de la sostenibilidad. Otro camino puede ser, continúa Embid, la creación o configuración de modalidades societarias que sean susceptibles de integrar en su propia realidad organizativa objetivos o finalidades de interés general, como puede ser, por ejemplo, la SBIC que no es exactamente un tipo nuevo de sociedad, sino un modelo que puede configurarse en el marco de los existentes, dudando no tanto de la conveniencia de la regulación de esta figura, sino de la conveniencia de acometerla, sin un estudio sosegado y reflexivo de su naturaleza y de su utilidad, más allá del entusiasmo que pueda suponer el *Manifiesto* y la opinión de quienes lo firman, considerando el papel que jugaría, que jugará, la autonomía de la voluntad, cuando se podría llegar a convertir una anónima o una limitada en sociedad de beneficio e interés común, por la simple voluntad y decisión, en el correspondiente acuerdo, de quienes formen la sociedad en un preciso momento³⁸.

37. J.M. Embid Irujo, *¿Hay que regular la Sociedad de Beneficio e Interés Común en el Derecho español?*, en *Rincón de Commenda*, 4.07.2021.

38. *Ibidem*: “Este es un asunto de la máxima importancia, porque pone de manifiesto, una vez más, la tensión inherente entre libertad contractual y ordenación heterónoma característica del entero fenómeno societario”.

Como precedente de la norma que vamos a considerar, debe citarse la Proposición de Ley de apoyo a las actividades de los emprendedores sociales de 2013³⁹ que proponía la creación de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés General (SLIG) que debían tener un objeto social o ambiental concreto, que limitaban el reparto de dividendos a un máximo del 30% anual y que, en su órgano de administración que debía emitir un informe anual sobre beneficio social generado y estructura societaria debía haber un consejero independiente por cada tres. Se establecía incentivos fiscales tanto para la sociedad como para los inversores de proximidad y, con objeto de que se mantuviera a lo largo del tiempo, se exigía una mayoría del 80% del capital social para cualquier modificación estatutaria que trajera consigo la pérdida de los rasgos de SLIG. No llegó a nada esta propuesta⁴⁰. Sin embargo, la Ley 18/2022 de *Creación y Crecimiento de Empresas*, en su disposición adicional décima ha reconocido (no puede decirse que haya regulado) la *Sociedad de Beneficio e Interés Común* (SBIC), como una sociedad de capital, con especialidades estatutarias siendo su texto fruto de una enmienda transaccional que se incorporó a una Ley que cumple varios objetivos y compromisos⁴¹.

39. Núm. 140-1, de 18 de octubre de 2013, presentada por el Grupo Convèrgència i Unió.

40. Vid. J.M. Embid Irujo, *Una olvidada proposición de ley sobre la Sociedad Limitada de Interés General*, <https://www.commenda.es/rincon-de-commenda/una-olvidada-proposicion-de-ley-sobre-la-sociedad-limitada-de-interes-general/>.

41. Propone ayudas y medidas de respuesta a las consecuencias de la Guerra de Ucrania; otras de apoyo a la reconstrucción de la isla española de Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; se ocupa de la conciliación de la vida familiar y profesional de cuidados a progenitores y que incluso transpone la Directiva sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, lo que supone una reforma del Derecho societario. Ni siquiera se alude a la creación de esta figura en la Exposición de Motivos de la Ley, aunque habremos de pensar que, independientemente del Manifiesto, de la coyuntura política y de la manera de legislar propia de nuestro país, que se caracteriza por la improvisación en los momentos más decisivos para la aprobación de una norma, habrá querido el legislador tener presente la Agenda 2030 que fija nuevos modelos productivos y que al reconocer a estas empresas con propósito entenderá que el objetivo de impulsar en España la transición a una economía inclusiva, regenerativa y sostenible, se va a desarrollar más fácilmente con las mismas e incorpora esta propuesta a esta ley, reconociendo las empresas que se orientan al triple impacto de generar beneficios económicos, crear valor social y limitar el impacto ambiental que bien hubiera merecido su inclusión, en un texto meditado, en la propia LSC, que es su lugar, si bien hay quien ha entendido la oportunidad de la regulación, no sólo en el momento en que se aprueba, sino en el texto en que se incorpora, dado que éstas sociedades, según se dice, crecen a un mayor ritmo que el resto de las sociedades capitalistas, sin que esté muy justificada tal afirmación.

Con un contenido pobre, que habrá que completarse reglamentariamente, la Disposición adicional décima de la Ley 18/2022 de 22 de septiembre, reconoce estas sociedades, que a nuestro juicio, a pesar de ese reconocimiento, aun no podrán constituirse ni tan siquiera existe la posibilidad de que sociedades capitalistas que operan en el mercado puedan adaptarse al nuevo modelo al modificar sus estatutos e incluir en ellos las menciones que exige la ley, puesto que tampoco se conoce los criterios y la metodología de validación de la misma⁴². De este modo y siendo necesario esperar el desarrollo reglamentario que incluirá el criterio de validación de estas empresas y la forma de verificación reiteramos nuestra opinión de que no es viable aún su existencia y que por ello, a pesar del reconocimiento legal, no son una realidad (al menos una realidad jurídica, con regulación y consecuencias), aunque puedan citarse algunas de ellas que actúan en el mercado, que sí son una realidad social, aunque podríamos decir que de carácter privado, pues se desconocen extremos que parecen por completo necesarios, como puede ser la exigencia (o no, aunque estimamos que será obligatorio) de que usen o deban de usar en su denominación social, su carácter de Sociedades de Beneficio e Interés Común o su abreviatura SBIC, aunque sobre esta cuestión volveremos, que se añadirá a la necesaria indicación del tipo de sociedad de capital de que se trate⁴³. Sí ha habido, sin embargo, algunas otras normas que se han ocupado de la responsabilidad social y ambiental en el Derecho español aunque de forma general⁴⁴.

42. Disposición adicional décima. Reconocimiento de las Sociedades de Beneficio e Interés Común.

Se reconoce la figura de las Sociedades de Beneficio e Interés Común, como aquellas sociedades de capital que, voluntariamente, decidan recoger en sus estatutos:

- Su compromiso con la generación explícita de impacto positivo a nivel social y medioambiental a través de su actividad.

- Su sometimiento a mayores niveles de transparencia y rendición de cuentas en el desempeño de los mencionados objetivos sociales y medioambientales, y la toma en consideración de los grupos de interés relevantes en sus decisiones.

- Mediante desarrollo reglamentario se contemplarán los criterios y la metodología de validación de esta nueva figura empresarial, que incluirá una verificación del desempeño de la sociedad, quedando sujetos tanto los criterios como la metodología a estándares de máxima exigencia. (BOE, Núm. 234 jueves 29 de septiembre de 2022 Sec. I. Pág. 133663).

43. Se trata de una regulación incompleta, testimonial y de poca utilidad, aunque suponga un avance.

44. Así, la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014 (que modifica la Directiva 2013/34/UE) supuso la modificación del

Parece que su recepción en el Derecho español ha sido bien recibida por empresarios⁴⁵ y profesionales del Derecho, al menos en esta rudimentaria regulación, pues demuestra que se camina en la línea de una nueva cultura empresarial en la que las aspiraciones sociales, cuestión no completamente nueva⁴⁶. La Ley debe suponer un estímulo que anime a las sociedades a que actúen con propósito, lo que revertirá positivamente tanto en la sociedad misma (como en sus socios) y el entorno y, en general hará más sostenible el sistema, con tutela del medioambiente. Junto a Italia y a Francia, España, se ha repetido mucho, está “a la vanguardia” europea pero eso no significa demasiado mientras la regulación no sea completa o detallada, en virtud del contenido del Reglamento o de que éste, lo que no sería conveniente, deje abierto y en manos de cada sociedad, la resolución de las cuestiones que hemos planteado.

4. Código de Buenas Prácticas para SBIC y Guía Orientativa de los Estatutos de la SBIC. En espera del Reglamento

La Disposición Adicional Décima de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas⁴⁷ (*Ley crea y crece*)

Código de comercio, de la LSC y de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, quedando establecida la obligación de proporcionar información relacionada con la responsabilidad social corporativa para empresas a partir de cierto tamaño y cuantía de sus ingresos. La citada Directiva 2022/2464, que modifica otras Directivas y el reglamento UE 537/2014, sustituye el término “información no financiera” por el de “información sobre sostenibilidad”, lo que deberá de incorporarse a la legislación española.

45. Antes de la publicación de la norma, el Primer Barómetro del Propósito Empresarial en España analiza las respuestas de casi 300 directivos en lo que se refiere a conocimiento, activación, liderazgo, barreras y comunicación transversal del propósito en las empresas. Casi un 70% de las empresas cuenta con un Propósito definido. El 84% de las ellas lo tiene escrito y compartido con los empleados y casi 9 de cada 10 cree que aporta valor al negocio y contribuye a mejorar la rentabilidad de la empresa entendiéndose el Propósito como elemento de valor para la compañía. El 76% de los encuestados asegura que en sus empresas el Propósito es percibido como un elemento que impacta en el negocio y que contribuye a mejorar su rentabilidad. Se considera de gran importancia la figura del CEO de la sociedad, al considerársele como el responsable de incluir el Propósito.

46. Algunos empresarios y sociedades, simultanean, hasta ahora, la titularidad de una sociedad mercantil y de otra organización, ésta de un carácter más o menos altruista, más benéfico, entre las que se pueden encuadrar algunas asociaciones y fundaciones, a través de las cuales canalizan los compromisos con la comunidad, la sociedad y, en su caso, con la sostenibilidad de las actividades.

47. Disposición adicional décima. Reconocimiento de las Sociedades de Beneficio

remite para el desarrollo de la figura a un futuro reglamento que no se ha publicado aún y destaca la importancia de los estatutos de estas sociedades, que deberán recoger algunas de las obligaciones que las van a caracterizar. Mientras ese desarrollo tiene lugar, han sido aprobados dos documentos que suponen un avance al completar el perfil de estas sociedades.

De un lado, el Código de Buenas Prácticas para las Sociedades de Beneficio e Interés Común (que se acompaña de un modelo de estatutos)⁴⁸, promovido por B Lab Spain, con el apoyo de la comunidad de empresas con propósito⁴⁹ que se inicia con un capítulo de definiciones, entre ellas⁵⁰ la de SBIC: “sociedad mercantil, que, teniendo un desempeño social o ambiental responsable, está además comprometida con la finalidad de realizar mediante su actividad un determinado propósito dotado de un impacto positivo a nivel social o ambiental. A tal fin, en su proceso de toma de decisiones, la Sociedad de Beneficio e Interés Común tendrá en cuenta a todos sus grupos de interés, en especial a los grupos de interés relevantes o beneficiarios directos de su propósito”. Sobre el Código, en general, se ha señalado (en el propio documento) que tiene dos características: su voluntariedad, pues la adhesión al mismo tiene ese carácter; y su transitoriedad, pues debe dejar de tener vigencia cuando sea aprobado el reglamento. Añadamos su carácter precursor, de documento de referencia y de nueva experiencia de impulso y valentía al crear en la figura.

e Interés Común. Se reconoce la figura de las Sociedades de Beneficio e Interés Común, como aquellas sociedades de capital que, voluntariamente, decidan recoger en sus estatutos: su compromiso con la generación explícita de impacto positivo a nivel social y medioambiental a través de su actividad y su sometimiento a mayores niveles de transparencia y rendición de cuentas en el desempeño de los mencionados objetivos sociales y medioambientales, y la toma en consideración de los grupos de interés relevantes en sus decisiones. Precisamente, “mediante desarrollo reglamentario se contemplarán los criterios y la metodología de validación de esta nueva figura empresarial, que incluirá una verificación del desempeño de la sociedad, quedando sujetos tanto los criterios como la metodología a estándares de máxima exigencia”.

48. Puede verse en: <https://lacultivadaediciones.es/wp-content/uploads/2023/08/Codigo-de-Buenas-Practicas-SBIC-La-Cultivada>.

49. Documento dirigido y coordinado por Gabeiras & Asociados, Departamento de Sostenibilidad y Propósito (de cuyo Equipo académico forma parte el Profesor José Miguel Embid).

50. *Propósito de beneficio público o común, grupos de interés, grupos de interés relevantes o beneficiarios directos del propósito, impacto e informe anual sobre desarrollo del propósito.*

Se estructura alrededor de dos partes relacionadas: los principios (respecto de los estatutos, respecto de la gestión del proyecto y respecto del informe anual) y las recomendaciones que se hacen para cada uno de ellos, añadiendo un breve texto, como anexo I, que se denomina *teoría del cambio*, pues utiliza esta teoría como aproximación metodológica preferida, a modo de guía para ayudar a las SBIC. Se trata de un documento completo, útil y elaborado de forma que sea de fácil lectura y comprensión y *aplicación*.

En lo que se refiere a la Gestión del Propósito, los principios que se recogen son, con sus correspondientes recomendaciones:

- Que el órgano de la SBIC debe crear una comisión o un cargo unipersonal encargado de supervisar la gestión del mismo, así como de su evaluación y publicación transparente de la misma, recomendándose que si la administración es plural uno de sus miembros debe tener la condición de responsable del propósito (y tratándose de un consejo de administración, que será muy frecuente, habrá de constituirse una comisión) que recibirá instrucciones por escrito y que, por escrito, deberán admitir. Entendemos que es un requisito, no sólo para exigir responsabilidad a quienes han de asumir el cometido encargado, sino la garantía de que no será un simple nombramiento o un encargo teórico.
- Que la SBIC, en el desempeño de su actividad, debe tener en cuenta a todos sus grupos de interés y, de modo especial, a quienes sean beneficiarios directos de su propósito, con los que habrá de organizar una adecuada locución.
- Que el nivel de consecución del propósito, así como el desempeño social y ambientalmente responsable, debe medirse anualmente.
- Que la SBIC debe poner todos sus esfuerzos en alcanzar su propósito de beneficio común, de forma que resulte compatible con el fin lucrativo “que también persigue”, pudiendo o, mejor, debiendo fijar un porcentaje que, en el documento se calcula que puede ir del 1 al 100%. Ciertamente que la sociedad, sin duda alguna, lo que persigue es un interés lucrativo y a él, en la consideración legal actual de este tipo, se añadirá ese otro *interés social* o de *beneficio común*.

Y en lo que atañe al Informe Anual, tercer grupo de principios⁵¹, la SBIC debe elaborar y hacer público cada año un informe en el que dé

51. El segundo va referido a los Estatutos de las SIBC, lo que trataremos más adelante.

cuenta del desarrollo del propósito, de su grado de consecución y de cómo se han seguido y respetado las recomendaciones del Código. De esta forma, seguramente, se cumplirá la exigencia, en este caso legal, de que estas sociedades estén sometidas a “mayores niveles de transparencia y rendición de cuentas en el desempeño de los mencionados objetivos que para alcanzar el propósito, los resultados obtenidos y el impacto alcanzado” en el período sobre el que verse el informe.

Hasta tanto llegue la regulación concreta y, entendemos que también tras la misma, aunque habrá que esperar a su contenido preciso, las sociedades que se adhieran a los principios de este Código y a sus recomendaciones, esto es, las sociedades que estén especialmente comprometidas con generar un beneficio colectivo, aumentarán su credibilidad y, seguramente, su posicionamiento y prestigio, precisamente por su decidida actuación en pro de la sostenibilidad en un nuevo modelo empresarial. El incumplimiento de sus postulados denunciará los casos de *impact wasing*, esto es, los casos de empresas o sociedades que declaran (y *presumen* en el contexto económico) de tener un impacto social o medioambiental positivo pero que sólo lo es a nivel teórico, sin que ello quede acreditado o respaldado con una actuación concreta y adecuada.

Por otra parte, el Colegio de Registradores ha publicado una *Guía para dar a conocer las particularidades de las Sociedades de Beneficio e Interés Común (SBIC)*⁵² que reconoce y tiene presente el *Código de Buenas Prácticas* mencionado, recogiendo y haciendo suyos los conceptos del mismo. Su finalidad es impulsar este tipo reconocido por la Ley española, “además de exponer de forma unificada el objeto, gestión y organización de las SBIC, en consonancia con los principios y recomendaciones actualmente recogidos en el Código de Buenas Prácticas de las SBIC”, reclamando el reglamento pendiente. En concreto, el documento es una Guía orientativa de las especialidades de los estatutos sociales de estas sociedades que deberán añadir, al régimen común, sus especialidades, que habrá de poner en relación, necesariamente, con el modelo de estatutos tipo de SBIC que, en el supuesto de tratarse de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, se ofrece como Anexo al Código de Buenas Prácticas⁵³.

52. <https://www.registradores.org/>. Preparada por el CORPME en colaboración con Gabeiras&Asociados.

53. Según se informa en Gabeiras&Asociados, Montefaro Pedracha Sociedad de Beneficio e Interés Común, S.L., primera empresa constituida como SBIC en España, ha sido la primera en adaptar sus estatutos sociales al Código de Buenas Prácticas y a

Siendo absolutamente libre la preparación y redacción de los estatutos de los sociedades mercantiles de capital, siempre con sujeción a los límites y condiciones que establece la LSC, es muy frecuente encontrar modelos de estatutos, que normalmente son los que se van a seguir, fruto del trabajo de los operadores jurídicos (entre ellos citamos, de modo significativo, el modelo de estatutos de sociedad anónima 2020 que incluyen cláusulas telemáticas, elaborado por el Colegio de Registradores o, en otro orden, el Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva).

5. Los estatutos de la SBIC

La escasa atención legal a este tipo se refiere especialmente a sus estatutos, en los que deberán hacerse constar los dos caracteres principales que reclama para el mismo: el compromiso con la generación explícita de impacto positivo a nivel social y medioambiental a través de su actividad y su sometimiento a mayores niveles de transparencia y rendición de cuentas en el desempeño de los mencionados objetivos sociales y medioambientales junto a la toma en consideración de los grupos de interés relevantes en sus decisiones. Y es que ciertamente, no sólo por el principio de autonomía de la voluntad sino también por la falta de una normativa adecuada, con toda cautela sobre el contenido que tendrá el Reglamento de desarrollo, los estatutos van a ser la norma fundamental por la que habrán de regirse cada una de las SBIC. En los Estatutos habrá que incluir, como mínimo, algunas menciones, independientemente de los que exija la LSC para cada una de las sociedades que regula.

Con carácter específico, *el sometimiento a mayores niveles de transparencia y rendición de cuentas* deberá incluirse en los estatutos. La confección de las cuentas anuales y su presentación a la junta general para su aprobación, así como la propuesta de aplicación de resultado, están sometidas a las prescripciones legales que obligan, por ejemplo, a presentar una Memoria que (artículo 259) completará, ampliará y comentará el contenido de los otros documentos que integran las cuentas

la Guía orientativa elaborada por el Colegio de Registradores, que se publicó el pasado día 30 de enero.

anuales, a la que se acompañará igualmente un informe de gestión, con un contenido determinado por la ley (artículo 262 LSC) que habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta. Consideramos que, por el mandato legal, en la Memoria que han de presentar los administradores deberá hacerse mención, en todo caso, al cumplimiento de los fines no financieros, estos es, de los objetivos locales y medioambientales, lo que luego será el *Informe de sostenibilidad*, pues en otro caso, la Memoria quedaría incompleta en este modelo societario, pero también los estatutos (sin perjuicio de que haya que esperar a lo que determine el Reglamento, que, en este caso, puede concretar el modo de someterse a la mayor transparencia en la información y rendición de cuentas) deberán incluir el modo de someterse a ese mayor nivel de transparencia que puede ser interno (quizás atribuido a un órgano concreto personal o pluripersonal) y externo, lo que será también determinado por la normativa de desarrollo. Puede entenderse⁵⁴ que el informe anual sobre desarrollo del propósito, que habrá de ser formulado en el mismo plazo que las cuentas anuales, debe ser un informe separado, que también se deposite en el Registro mercantil, también porque será posible que de decida estatutariamente que la contabilidad sea separada⁵⁵. En cualquier caso, la Memoria, como documento de las cuentas anuales, deberá hacer referencia a esta cuestión, independiente, pero no completamente, a las cuentas anuales de la sociedad en las que se determinará el resultado (que se pretende positivo) y que se presentará a la junta junto a la propuesta de aplicación del resultado que, también a nivel estatutario pueden prever un porcentaje de reinversión o que, durante algunos años desde la constitución de la sociedad, no haya reparto de beneficios.

En este sentido ha de entenderse también la exigencia de una mayor transparencia sobre el desarrollo del propósito que corresponde al órgano de administración en el informe anual que ha de elaborar⁵⁶, informe que deberá depositarse, como hemos señalado, en el Registro

54. Así lo hace la Guía que precisa que la junta general podrá constituir un patrimonio separado con bienes y derechos que se afecten expresa y específicamente al propósito.

55. Llevándose en la forma prevista en la Ley para las sucursales y co la normativa propia de las entidades sin ánimo de lucro.

56. De nuevo citamos la Guía que recomienda incluir en el mismo, las actividades empresariales realizadas, los resultados alcanzados, el impacto alcanzado, los objetivos específicos y su grado de consecución y la política llevada a cabo en materia de desempeño responsable y sostenible a nivel ambiental, social y de gobernanza.

mercantil, pero que también deberá incorporarse a la web de la sociedad para que sea accesible por los socios y por el público en general.

La función de los administradores es primordial, como se comprueba. Los estatutos deberían incluir en este sentido, la necesidad de nombrar una comisión o una persona responsable (uno de los administradores) para que, de manera concreta, atienda y controle el cumplimiento del propósito, velando porque nada o dificulte, órgano responsable de la elaboración del informe, del control de la gestión, del cumplimiento de las prescripciones legales en la materia, etc., sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores, en cuanto tales –y sin distinción entre unos y otros- a quienes corresponde cumplir con sus deberes con diligencia y lealtad y responder por su incumplimiento⁵⁷, sin perjuicio de las instrucciones que podrá dar la junta. Hay que relacionar el 161 LSC que, en efecto, permite que se den instrucciones a la junta⁵⁸, sin separarlo del 236 que señala que en ningún caso se exonerará de responsabilidad a los administradores por el mero hecho de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general. Cualquier duda sobre el cumplimiento de su deber por los administradores en estas sociedades ante un posible conflicto o contradicción con una instrucción de la junta, podría resolverse por mención estatutaria expresa o reservando estatutariamente algunas competencias la junta⁵⁹, entre las cuales estaría, sin ser necesaria ninguna previsión, la aprobación del informe anual sobre el desarrollo del propósito tanto si va incluido en las cuentas anuales (en la memoria) como si se acompaña a éstas.

Un detallado estatuto del administrador de esta sociedad, con unas cargas y obligaciones mayores que en las sociedad de capital en general, que deben ser concretadas, será una buena opción y una línea de conducta para quienes sean responsable de la gobernanza de estas sociedades, a quienes se exigirá una mayor formación, no meramente económica, con la que deberían contar los administradores de cualquier sociedad de capital. Y para los que podría pensarse en un régimen de

57. El artículo 226 de la LSC debe ser tenido en cuenta y relacionarlo con este nuevo tipo social: “En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”.

58. También y sobre todo en este caso, sobre la materia que tratamos.

59. Como podía ser la dotación al fondo de reserva para el cumplimiento efectivo del propósito social.

responsabilidad más exigente y riguroso. Va a darse, pues, un cambio en los objetivos a alcanzar, en el modelo de gestión y en el modelo de gobernanza.

Dado que será obligatorio que los administradores y, de cualquier modo, la sociedad, tenga en cuenta la opinión y propuestas de los grupos de interés relevantes en la toma de decisiones y que la ley lleva esta exigencia al contenido de los estatutos, deberán éstos concretar quiénes son estos grupos y cómo pueden manifestar su opinión, lo que será más fácil en el caso de los trabajadores y más complejo, aunque posible, en el caso de clientes consumidores o de proveedores, para lo que habrá de preverse un sistema de encuestas, que no puede ser concretado, en el ámbito interno de la sociedad, así como los plazos en que se realicen, la forma, etc., en los estatutos de la sociedad SBIC. Los estatutos deben indicar quiénes sean los principales beneficiarios del propósito. Consideramos de gran interés la distinción que se hace en la Guía entre *grupos de interés*, que pueden no ser beneficiarios del propósito, que es un concepto más amplio, y *grupo de interés relevante en la toma de decisiones* que sí va a ser beneficiario directo del propósito que, sin duda, debe figurar en los estatutos.

El necesario contenido de los estatutos no puede limitarse, por tanto, al que exige la LSC en su artículo 23 sino que va a tener que incluir concretas menciones que coinciden con los caracteres que ofrece la disposición legal adquiriendo una importancia mayor que en las sociedades base (o sociedades *normales*). Así, en el objeto social que deberá incluirse en los estatutos de toda sociedad de capital, “determinando las actividades que lo integran”, deberá llevarse necesariamente la mención al impacto positivo a nivel social y ambiental que reclama la ley. Se trata, en este caso, de lograr beneficios financieros y no financieros, o sea, sociales, en lo que se ha llamado fin social común compuesto o colectivo. Ciertamente deberá incluirse al menos un propósito que tenga impacto positivo para el beneficio público o común sobre los grupos de interés relevantes⁶⁰. Debe ser una mención estatutaria, junto al (resto del) objeto social que⁶¹ debe ser, en todo caso, *compatible* con el propósito, que no puede convertirse en un simple

60. A modo de ejemplo cita la Guía: procurar la igualdad entre personas y colectivos, el acceso a oportunidades económicas o de otro tipo a personas físicas o jurídicas o comunidades (más allá de la creación de empleo), la protección cualificada del medioambiente o la mejora de alguna necesidad social concreta.

61. No podemos entrar con detalle en esta cuestión y somos conscientes de la gravedad o trascendencia de nuestra opinión.

apéndice de aquél o en una mención testimonial. Ha de tratarse de un objeto que no impida alcanzar los fines lucrativos que pretende la sociedad y el propósito o los fines sociales que igualmente pretende.

Corresponde hacer un comentario sobre alguna propuesta que se refiere al objeto social pero también a la estructura de los estatutos. Se ha propuesto que el objeto social especial pudiera estar, como ocurre en Francia, en el *Ideario* de la sociedad, que precederá a los estatutos y no sólo en el punto en que, en éstos, se describe el objeto social que en todo caso será un objeto social ampliado. En las sociedades que se constituyan ex novo, con este modelo, también podría figurar esta descripción del objeto social, en la escritura de constitución. Que los estatutos sean precedidos de un preámbulo⁶² es una opción que ha asumido la *Guía*, que sugiere incluso su posible contenido⁶³.

Aparte de las menciones que, necesariamente por indicación de la Disposición que comentamos, deben ser tenidas en cuenta e incorporadas en los estatutos de estas sociedades (las referidas al objeto social, al sometimiento de mayores niveles de transparencia y a la atención que ha de prestarse a los grupos relevantes) habrá alguna otra mención que, también necesariamente, deba ser incluida en los estatutos y otras que puedan serlo. La denominación social es una mención necesaria en todo estatuto de una sociedad de capital⁶⁴ pero en este caso, habrá de añadirse una expresión concreta que la distinga y diferencie: Sociedad de Beneficio e Interés Común que precederá o irá tras la denominación que se haya elegido y la indicación de la clase de sociedad de que se trate⁶⁵. Al no tratarse de un subtipo social, parece que no debería permitirse la incorporación de las simples siglas (SBIC) pues “no existe una tipificación legal o complementaria de lo que constituirían las siglas”⁶⁶. Es evidente que las sociedades que no

62. Como ocurre, normalmente, con las leyes.

63. Como lo hace lógicamente (ya hemos señalado su vinculación) el Código de Buenas Prácticas, que entiende que ese texto servirá para contextualizar esta nueva modalidad de sociedad mercantil de capital que se constituye para favorecer y participar en un tejido empresarial más responsable y sostenible. Vid. el contenido que se sugiere en p. 20.

64. Vid. artículo 23 LSC y 413 Reglamento del Registro Mercantil. Vid. L. Fernández Del Pozo, *La denominación social de las sociedades de capital. Revisión crítica del estado de la cuestión*, en *La Ley mercantil*, n°. 65 (enero), 2020, p. 1 y ss.

65. O de sus siglas, SA, SRL (o SL) o SCpA.

66. Puntualiza la *Guía*. Habrá que esperar a conocer la práctica notarial y registral pero en una sociedad en la que las siglas y acrónimos están tan insertos en el lenguaje jurídico y, en general, en cualquier clase de lenguaje, nos tememos que se

tengan este carácter no podrán incluir la expresión en su denominación social, al igual que las que teniéndolo, lo pierdan, deberán modificarla. A este propósito, y con carácter general, hemos de indicar que cualquier modificación estatutaria que suponga una alteración de la condición de SBIC o del propósito, no sólo exigirá el régimen de quorum de constitución de la junta y de mayoría reforzada propio de la LSC para esta clase de acuerdos, sino que podría elevarse como mención estatutaria, sin poder llegar a la exigencia de la unanimidad, no propia de las sociedades con funcionamiento democrático. Quizás debería incluirse en los estatutos como causa específica de separación de socios disconformes con el acuerdo, el que afectara a su condición de SBIC, sin perjuicio del régimen general aplicable al derecho de separación, pues entendemos que podría considerarse como una modificación sustancial de objeto social, supuesto para el que está previsto ese derecho⁶⁷. La misma situación se daría en el supuesto inverso: no se trataría en este caso, del *abandono* de esta condición sino de su *conversión* o adopción d la condición de SBIC.

Otra materia que podía ser objeto de inclusión estatutaria es la relativa a las restricciones a la transmisión de acciones o participaciones. Sería válida una cláusula que condicionara la transmisión de la cuota en el capital social a la autorización de la junta general que podrá denegarla si entendiera que esa transmisión va a comprometer la consecución y del propósito y modificar, haciéndolo más riguroso y estricto, el régimen de mayorías. En este punto ha de advertirse la importancia que tiene el convencimiento de socios y de administradores de que forman parte de una estructura societaria especial, en la que el compromiso personal adquiere una relevancia significativa⁶⁸.

puedan consolidar las siglas, si no en los estatutos, sí en el modo de exteriorizar esa denominación en el mercado, publicidad, etc., aunque sólo sea por *economía*.

67. El artículo 33 del Modelo de Estatutos, Anexo del Código de Buenas Prácticas, opta por regular el “derecho de separación de las personas socias”, en el sentido que mantenemos: “...cuando la sustitución o modificación sustancial del objeto social implique abandonar el propósito de estos estatutos o lo altere radicalmente, las personas socias que no hayan votado a favor de dicho acuerdo... tendrán derecho a separarse de la sociedad de capital”, derecho que también tendrán cuando se acuerde la eliminación, sustitución o modificación sustancial del propósito de beneficio común.

68. En el año 2021 la Asociación para el Progreso de la Dirección (APD) y Trascendent realizó el primer Barómetro del Propósito Empresarial en España en el que se comprueba que tres de cada cuatro directivos “perciben el propósito como un elemento que impacta en la operativa de la empresa y contribuye a mejorar la rentabilidad de la compañía”. Por razones económicas y financieras, pero también por razones de convencimiento de que es necesario alcanzar beneficio social que mejore

Finalmente, en el caso de liquidación, habrá que seguir el procedimiento legal previsto para las sociedades de capital. En él se incluye el derecho a la cuota que corresponde a cada socio. Será conveniente dejar resuelto, como mención de los estatutos, el destino de los bienes que se hayan afectado a los fines concretos y específicos del propósito. Corresponderá al experto independiente el cálculo de la cuota resultante de la liquidación, atendido esta previsión.

Se recomienda en la Guía (y en el modelo de estatutos expresamente se recoge) la inclusión de una cláusula llamada “de cierre” o interpretativa, en virtud de la cual la interpretación de los estatutos debe garantizar el propósito, que debe prevalecer en todo caso, sin perjuicio de las reglas generales de interpretación de los contratos, vigentes obviamente como reglas de interpretación de los estatutos. Se trata de incorporar un nuevo criterio, corrector del resto, cual es el de hacer prevalecer el propósito. En caso de duda, podría enunciarse, habrá de resolverse en el sentido que más convenga a la conservación del propósito, que es prioritario en el funcionamiento y desarrollo de la sociedad concreta de que se trate.

Debe subrayarse, como consideración final en este punto, el enorme interés y la gran trascendencia, sobre todo desde el punto de vista práctico, de los documentos que comentamos (la *Guía* y el *Código*) elaborados y puestos a disposición de cualquier interesado⁶⁹ que integran un vacío legal que se está extendiendo demasiado en el tiempo, sin justificación, y que de ser tenidos en cuenta por el legislador, en el cumplimiento de sus funciones al redactar el reglamento de desarrollo, garantizarían un contenido adecuado del mismo y una respuestas meditadas y acertadas de los problemas que pueden plantearse, a pesar la declarada modestia de sus pretensiones.

No será mención de los estatutos pero sí deberá ser objeto de regulación en el Reglamento el tiempo que habrá de exigirse a una sociedad para poder ser evaluada y obtener la valoración como SBIC, tiempo que la entidad acreditadora (BLab) ha establecido en un año, si bien es cierto que el reconocimiento como SBIC se puede basar tanto en un compromiso de futuro (aunque se exigirán algunas evidencias previas) como en una constatación de presente y pasado que demuestre en uno y otro caso que en los objetivos a alcanzar hay algo más que el interés común de los accionistas, externo a la sociedad aunque repercuta en su beneficio de modo indirecto, los intereses sociales previstos. En este mismo

la sociedad, es preciso ese compromiso personal de los miembros de estas empresas y sociedades, en un mundo y un comercio *más justo*.

69. La Guía y el Código de CORPME en colaboración con Gabeiras&Asociados.

aspecto debe indicarse el plazo de la posible revocación de la condición, cuando se compruebe en la evaluación que no se cumplen los objetivos y compromisos y de las revisiones periódicas, que también podría ser de ese mismo período, así como el órgano encargado de la evaluación y concesión del certificado que acredite, el cual deberá incluirse en la hoja personal de la sociedad, como nota marginal a efectos de publicidad frente a terceros, en el Registro Mercantil, que podría ser el órgano encargado de esa función. En definitiva, corresponde al Reglamento decidir quién valida la condición, con qué método y que estándares va a seguir.

6. Aproximación a sus caracteres jurídicos

Sólo tendremos de la figura algunos caracteres que la pueden perfilar y que habrán de derivarse de su consideración legal, si bien sí podrán inducirse algunos otros al considerarlas como sociedades Bcorp, en figura más reconocida y consolidada, igualmente falta de una regulación concreta. En primer lugar, se trata de una sociedad que va ser típica (pues lo es la sociedad base que adquiere esta condición) y no un nuevo tipo social en el sentido de estar diferenciado de los que recoge el derecho positivo español, con un carácter distintivo propio. No existe una definición legal, habrá que construirla si es necesario pero, en cualquier caso, debe tenerse presente ya el material legal de que se dispone, ciertamente escaso como hemos señalado, pero que condiciona y limita la interpretación⁷⁰. Su caracterización vendrá por el

70. C. Flores Hernández, *Las nuevas sociedades en beneficio e interés (SBIC): ¿empresas con propósito en una nueva economía?*, aportando una interesante definición precisa que se trata de “entidades con ánimo de lucro, que cumplen los criterios de responsabilidad social, ambiental y de buen gobierno, que utilizan recursos privados para el triple objetivo o impacto económico, social y ambiental”. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/11/10/legal/1668098360_016435.html. Consideramos que debe perfilarse ahora, aún más, una definición del modelo, pues siéndolo, no se trata de entidades con ánimo de lucro, sino única y exclusivamente de unas de esas entidades, las sociedades anónimas, las limitadas y las (olvidadas casi siempre y desde luego en las consideraciones sobre las SBIC españolas) sociedades comanditarias por acciones Y, en ellas, cada una de sus clases que serán compatibles con el nuevo modelo. En el Código de Buenas Prácticas se incluye un concepto que hace suyo la Guía, que reproducimos de nuevo: “Sociedad mercantil que, teniendo un desempeño social o ambiental responsable, está además comprometida con la finalidad de realizar mediante su actividad un determinado propósito dotado de un impacto positivo a nivel social o ambiental. A tal fin, en su proceso de toma de decisiones, la Sociedad de Beneficio e interés común tendrá en cuenta a todos sus grupos de interés, en especial a los grupos de interés relevantes o beneficiarios directos de su propósito”.

hecho de ser SBIC. Cualquier otra expresión que se use para referirse a la misma no es ya una denominación legal, aunque pueda ser descriptiva o aclaratoria. Y aun siéndolo, no se le puede denominar sociedad benéfica o sociedad del cuarto sector o sociedad de triple impacto o sociedad de beneficio colectivo, ni empresa con propósito o sociedad con propósito, en la mayor parte de los casos conceptos jurídicos no determinados que servirán para situar la figura pero no para definirla o con expresiones que han sido utilizadas por otros Ordenamientos para figuras análogas o similares (aunque fueran idénticas).

En segundo lugar, se trata de sociedades que adoptan voluntariamente este régimen, que se someten libremente al mismo, por decisión de los socios. De la dicción del precepto se deducen tres consecuencias, que sirven de caracteres: asumen un compromiso con la generación explícita de impacto positivo a nivel social y medioambiental, lo que conseguirán a través de su actividad; se someten a mayores niveles de transparencia y rendición de cuentas en lo que afecte, principalmente, a los objetivos del entorno (los locales) y medioambientales; y toman en consideración para sus decisiones, la opinión de los grupos de interés relevantes, por lo que su funcionamiento se aleja del tradicional de las sociedades de capital y ha de llegar el convencimiento, a los administradores (lo cual será más fácil de lograr) pero también a los socios e inversores, que es necesario, aunque sea a costa de un beneficio económico que se va a dejar de percibir (en parte, no en su totalidad, según la previsión que se tuviera) porque se destina al logro y alcance de objetivos de desarrollo sostenible, distintos a los financieros, que caracterizan a estas sociedades, al menos, hasta ahora. Es precisamente por ello por lo que se mantiene que los administradores, en su función, deberán tener en cuenta el interés de los *stakeholders* (accionistas, empleados, clientes y proveedores, pero también gobiernos y comunidades⁷¹, en un amplísimo concepto. “Se trata del tránsito del capitalismo de los *shareholders* (los accionistas o socios) al de los *stakeholders*. Unos y otros van a estar llamados ahora a la toma de decisiones, lo que no puede quedar en manos sólo de los *propietarios* de la sociedad. De ningún modo puede

71. Los habrá internos, con una relación directa con la sociedad (empleo o inversión en la misma), externos, a quienes afecta la actividad y resultados de la sociedad (como los proveedores); primarios o stakeholders clave, los de mayor interés en los resultados, partícipes en los proyectos y estrategias (clientes); secundarios, con un nivel de implicación menor; directos, como los empleados, de actividad cotidiana en la sociedad; e indirectos que sin colaborar en el proceso, también tienen interés en él (de nuevo puede ponerse el ejemplo de los clientes).

concluirse, sin embargo, que no se trate, porque lo son, de sociedades (por mercantiles ya habría que entenderlas así) con ánimo de lucro, con intención de obtener unas ganancias que habrán de repartirse (con todos los condicionamientos reseñados) entre los accionistas, con cuya aportación de capital se constituyó la sociedad.

Es igualmente una sociedad de capital, sin que se haya previsto la posibilidad de que otras sociedades (u otras figuras asociativas puedan adquirir esta condición). Por ello sólo podrán ser SBIC las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades comanditarias por acciones, reguladas en la LSC. Creemos que se trata de sociedades que pueden tener esa consideración, SBIC, y dejar de tenerla, por decisión en todos los casos de los socios (bien en el momento constitutivo, bien en un momento posterior, adoptando el acuerdo correspondiente) sin que se trate de una modificación estructural ni quede sometida por ello a su ley reguladora.

Aun resultando una obviedad, debe indicarse que se trata de una sociedad mercantil, como mercantil es su sociedad base en la que el ánimo de lucro es esencial en su consideración y funcionamiento, aunque ello no suponga necesariamente el ánimo de lucro de los socios⁷².

7. Consideración final

Asumido el cambio de paradigma que supone en Derecho de Sociedades y aún en el Derecho mercantil, la aparición y desarrollo de empresas Bcorp⁷³, España se ha sumado a los Ordenamientos jurídicos que reconocen y regulan las *Sociedades de Beneficio Económico*, conocidas con diferente terminología, siendo uno de los primeros que lo hacen en Europa, que cuenta con las experiencias francesa, italiana y belga (aunque en este caso ya no existe esa regulación) y británica. No obstante ello, la regulación española se limita a un reconocimiento de la figura y a señalar tres requisitos que deberán cumplir estas sociedades, remitiendo a un desarrollo reglamentario que no debiera demorarse si

72. Vid. la RDGSJFP de 17 de diciembre de 2020 que confirma que es posible inscribir una modificación estatutaria con el propósito de excluir de las sociedades de capital el ánimo de lucro de en sentido subjetivo, es decir, de los socios, lo que no es incompatible con el ánimo de lucro objetivo de la propia sociedad de capital.

73. Que cumplen con los altos estándares de desempeño social y ambiental, responsabilidad y transparencia y han obtenido el reconocimiento (y certificación) del organismo acreditador (en España BLab España).

se quiere, realmente, que estas sociedades sean una realidad. En una ley de normativa conjunta, Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de *creación y crecimiento de empresas*, se contiene una disposición adicional, surgida en el final del trámite parlamentario e incorporada por una enmienda transaccional, que la incorpora sobre estas sociedades.

Atendiendo a la disposición legal que ha reconocido la existencia de SBIC y su viabilidad en España, a pesar de su insuficiencia y remisión a un texto de desarrollo, de menor entidad, pueden hacerse algunas consideraciones de carácter general, a modo de reflexión conclusiva. No será ya necesario que las sociedades, con objeto de alcanzar objetivos de esta naturaleza y hacerlos compatibles con sus estructuras económicas, deban crear paralelamente, como se ha venido haciendo por muchas de ellas, cumpliendo con notable éxito sus objetivos sociales, culturales, de mejora del entorno, fundaciones o asociaciones con estos fines, distinguiéndose ahora entre las que pretenden como propósito generar un beneficio común, crear o aumentar un valor social o tutelar y proteger el impacto ambiental.

De una parte, cabe afirmar que estas sociedades son mercantiles y, en ellas, son sociedades de capital, esto es, se trata de sociedades anónimas, de sociedades de responsabilidad limitada y de sociedades comanditarias por acciones, reguladas por la LSC. Será voluntario, como también hemos indicado, que cualquiera de estas sociedades se someta a este régimen, siendo necesario que en su objeto social, a parte del propio de la sociedad, se incorpore, junto a él o integrado en el mismo –en cualquier caso-, siendo su objeto social también, el compromiso con la generación explícita de impacto positivo a nivel social y medioambiental a través de su actividad. De nuevo, a propósito de ello, habrá que volver a la diferencia entre los conceptos de objeto social y de interés social, que es el fin común (objetivo) entendido como la maximización del valor de la empresa en beneficio de los accionistas, a lo que debe añadirse el interés de otros sujetos vinculados, procurando su conservación a largo plazo⁷⁴. Tratándose de sociedades mercantiles y

74. Como se destaca en el Informe Olivencia de 1998, elaborado por la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades Cotizadas a petición del Gobierno Español y en el Informe Aldama, de 2003, presentado por la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas en el que se hace especial hincapié en los principios de transparencia y el deber de lealtad de los administradores, con el fin de que estos últimos autorregulen su gobierno. Vid. J. Sanchez-Calero Guilarte, *El interés social y los varios intereses presentes en la Sociedad Anónima Cotizada*, en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 246, octubre diciembre 2021 675 y ss.

de sociedades de capital, es inherente a las mismas al ánimo de lucro, si bien es cierto que hay sociedades anónimas en las que el ánimo de lucro no es fundamental y se convierte en un vehículo para el desarrollo de actividades no lucrativas⁷⁵. En las SBIC se conjugan el ánimo de lucro (con su repercusión en la propia sociedad y en los socios titulares de acciones o participaciones en un determinado momento) y el interés social, que estará determinado en el objeto social (con su repercusión en la propia sociedad y en los socios presentes y futuros, así como en la sociedad, entendida ahora no en su concepción del Derecho Societario sino como conjunto de individuos que conviven en un mismo territorio bajo un determinado esquema de organización, el grupo del ámbito social, compartiendo además lazos económicos, políticos y culturales y de un sector concreto de la misma. Como se señala en la ley francesa hay en ellas un interés autónomo y distinto del de los socios; precisamente los retos sociales y medioambientales. Como se ha indicado⁷⁶ se ha pasado desde una época contractualista del Derecho de sociedades, en la que destaca el carácter particular del interés social a la época de socializar este Derecho de modo que atrae hacia sí mismo la defensa y la promoción del interés general⁷⁷.

Estas sociedades estarán sometidas a un régimen de transparencia y de rendición de cuentas tanto en lo que afecta al desempeño y consecución de los objetivos sociales (el impacto positivo a nivel social y medioambiental) y a la atención que prestan a los grupos de interés que condicionan o inspiran sus decisiones, más riguroso que el del resto de las sociedades, lo que afectará a la entidad y a los administradores, pues ya se trata de sociedades que, de modo obligatorio por así haberlo decidido, son sostenibles y provocan un beneficio social, junto a la generación de empleo o de riqueza, efectos propios de la prestación de servicios o la venta de productos.

Habría que preguntarse porqué se ha limitado la posibilidad de ser SBIC a las sociedades capitalistas. Es cierto que son éstas la mayoría de las sociedades existentes en España pero nada importaría si, al contrario de concretar esa limitación, se hubiese ampliado el espectro de sociedades

75. R. Olivera García, *Ensayo sobre sociedades comerciales*, en *La Ley Uruguay*, Montevideo, 2020, p. 332.

76. J.M. Embid Irujo, *¿Hay que regular...?*, cit.

77. Vid., por todos, el muy importante trabajo de R. Olivera García, *Lucro, sociedad y dividendo*, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año LXI, n° 54, 2016, pp. 7 y ss. También disponible en *Ensayos...*, cit., pp. 315-340.

que pudieran optar por esa posibilidad, sin distinguir entre tipos e incluso entre la naturaleza civil o mercantil de la sociedad. En cualquier caso, la referencia a las sociedades de capital incluye a cualquier clase de sociedad por acciones, incluidas las anónimas especiales⁷⁸, en alguna de las cuales encaja perfectamente la figura y a cualquier clase de limitada; y es indiferente que se trate de una sociedad grande, mediana o pequeña y de cuál sea su objeto social.

Debe indicarse que la condición de SBIC será concedida, a petición de la sociedad, por el organismo que corresponda y que, como se ha dicho muy gráficamente, no se trata de sociedades que *quieren ser*, sino de sociedades *que son*. Puede dar la sensación que una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada se convierte en SBIC simplemente porque así lo decide, por acuerdo o decisión de sus socios. Y, aunque tenga que existir esa decisión o ese acuerdo, su *conversión* no es automática, sino que será necesaria la acreditación o certificación y, de otra parte, tal condición no será permanente porque, bien de nuevo por decisión de los socios (en las mayorías que se establezcan) bien porque se incumplan los requisitos o no se logren los objetivos, podrá perderse o ser desprovista de la misma.

En tanto llegue, de modo efectivo, su régimen jurídico, habrá que prestar atención al contenido de sus estatutos, en los que habrán de contenerse su condición de sociedades con características especiales en cuanto a su denominación, objeto social, administración, rendición de cuentas, información (que se ampliará, al menos, en cuanto al ámbito sobre el que versará la solicitada por los socios en el ejercicio de su derecho y proporcionada por los administradores), reparto de dividendos y otros derechos económicos de los socios, derecho de separación en caso de asumir el compromiso de ser una SBIC o de dejar de serlo, mayoría para modificar determinadas cláusulas estatutarias... y en los que podrán incluirse cláusulas específicas como puede ser la cláusula de bloqueo de activos, principio informador de estas sociedades en el Derecho inglés, que debería considerarse como inamovible o no *disponible*, lo que no es propio ni característico del Derecho español. En este punto habría que preguntarse si hay que regularlas. Nuestra opinión, una vez *reconocidas*, es absolutamente favorable a que el legislador de algunas orientaciones y fije algunas pautas, que no pueden quedar por completo a la autonomía privada, en un modelo de perfiles tan desdibujados. En tal caso entendemos que el lugar de su regulación

78. Un comentario especial merecería la Sociedad Anónima Deportiva, por sus especiales perfiles.

debiera ser la LSC, que por cierto ha sido modificada por la Ley 18/2022, por lo que hubiera sido muy fácil, incluir la regulación de estas en la Ley y hacerlo considerándolas como un modelo (un nuevo modelo) de las capitalistas.

Su desarrollo encontrará algunas dificultades de carácter general y de carácter más concreto. Así el principio de libertad de empresa, reconocido en el artículo 38 de la Constitución en el marco de la economía de mercado se completa con la facultad que se otorga a los poderes públicos para que garanticen y protejan su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. También el 128 de la Constitución establece que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. Una relectura de la Constitución parece necesaria también en este punto, lo que podría llevar a estimular la creación de estas empresas y podría interpretarse y aplicarse a este sector la declaración de que el Estado tiene un papel fundamental en garantizar que la economía del país funcione en beneficio común. En este sentido debe añadirse –y no es una cuestión menor- que estas empresas (estas sociedades) no gozan de ningún beneficio fiscal, ni disfrutan, en principio, de ningún privilegio frente al resto de sociedades de capital que no sean SBIC, por lo que su éxito va a depender de la acogida que tengan por parte del consumidor final, que prefiera contratar con ellas y no con otras, en atención a sus compromisos sociales o medioambientales concretos. Está por ver que, siendo así las cosas, puedan ser efectivamente unos operadores del mercado más competitivos que quienes no tienen estos compromisos sociales. Por el momento, su premio es puramente reputacional y quizás ello no sea suficiente⁷⁹.

Que se desarrolle este modelo societario en el mercado y, en él, en las sociedades limitadas y sobre todo en las anónimas no deja de sorprender, aunque ese es el camino que sigue hoy el Derecho de Sociedades. La sociedad anónima, una de las más importantes creaciones que la ciencia

79. Quizás las entidades bancarias, en el ámbito privado, ayuden de modo concreto a estas sociedades, lo que las haría más atractivas, hasta que llegue – no es previsible, sin embargo – un tratamiento diferenciado por parte de la ley. Es frecuente, debe destacarse, que tanto en su publicidad, como en sus web, como en sus procesos electrónicos de contratación, determinadas empresas (grandes, normalmente) destaquen su compromiso de sostenibilidad e inviten a hacerse partícipe del mismo, a los contratantes ¿Se hacen así, realmente, más atractivas para los contratantes? ¿Supone verdaderamente un *valor* que va a ser tenido en cuenta, su compromiso? ¿Podrán mantener un nivel competitivo?

jurídica aporta al capitalismo⁸⁰, la máquina maravillosa del capitalismo⁸¹ puede desprenderse de su principal objetivo, la obtención de la mayor ganancia posible, para repartir entre los socios, en un momento en el que puede dudarse de si hay una crisis del capitalismo a causa de los excesos de la economía capitalista de los siglos XIX (en su último tercio) y XX y se tiende a la responsabilidad social empresarial, como se plantea OLIVERA⁸² cuando reflexiona sobre la evolución desde el capitalismo salvaje a la responsabilidad social empresarial, distinguiendo el siglo XX y el XXI. En efecto, sin llegar a superarse el capitalismo, se llega a un capitalismo sostenible⁸³ o a un capitalismo humanista.

Debe confiarse en que el desarrollo de este modelo societario no sea sólo una moda, como ha ocurrido con otras instituciones mercantiles (hoy de actualidad o ya desaparecidas o poco utilizadas) que pasa, sino una realidad permanente que, dados los beneficios que supone para la sociedad y la comunidad, haga que no sólo se quiera ser o parecer “empresa socialmente sostenible”, sino que efectivamente se sea. Ni que se trate tampoco sólo de una mera declaración para justificar el anhelo de una sociedad más justa y socialmente más responsable en la que valores como la solidaridad, mejora de la vida social, respeto al medioambiente, no sean simples postulados teóricos y generales.

La norma que comentamos y para la que pedimos un adecuado desarrollo ya que el legislador ha considerado que debía prestarle atención al nuevo modelo, se presenta como necesaria. Sin embargo, no obstante esta llamada, hemos de reiterar nuestro convencimiento de que la regulación del Derecho de Sociedades en España está necesitada de una atención mayor y de un sistema adecuado. Por ello, reiteramos nuestro convencimiento de que “La reforma del derecho de Sociedades, a pesar de lo indicado, está pendiente. Y si todo el derecho mercantil (permanentemente) es un Derecho en constante

80. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951. p. 109.

81. Ivi, p. 113. En el mismo sentido F. Galgano, *Sociedad anónima, Estado y clases sociales, Las instituciones de la economía capitalista*, Olejnik 2021 e *Historia del Derecho mercantil*, Laia 1987.

82. Olivera, *Ensayos...*, cit., pp. 335 y ss., donde citando a Drucker, *La gerencia. Tareas, responsabilidades y prácticas*, El Ateneo 2001, basa el desarrollo empresarial, en el crecimiento económico sostenible y ordenado que contemple la continuidad de la empresa; respeto al medioambiente; y trato digno y humanitario a sus trabajadores.

83. Vid., U. Tombari, *Corporate purpose e diritto societario: dalla “supremazia dell’interesse dei soci” alla libertà di scelta dello “scopo sociale”?*, en *Rivista delle Società*, vol. 1, 2021, pp. 1-15.

transformación (y *haciéndose*), como la propia realidad social a la que sirve, el derecho Societario también lo es y requiere una atención inaplazable del legislativo que dé adecuada respuesta (preferiblemente de forma cohesionada y armonizada) a las necesidades que plantea, a los interrogantes que siguen sin respuesta y a las nuevas exigencias”⁸⁴, entre las que pueden encuadrarse, añadimos en este momento, las SBIC.

84. J.L. Pérez-Serrabona González, *La reforma del Derecho de Sociedades en la reforma del derecho mercantil español. A modo de conclusión*, en *Reformas en Derecho de Sociedades* (dir. Pérez-Serrabona González, José Luis; coords. J. Valenzuela Garach, F. Javier Pérez-Serrabona González), Marcial Pons 2017, p. 587.

EL ROL DEL DERECHO SOCIETARIO CON EL MEDIO AMBIENTE Y LA SOSTENIBILIDAD

Fco. Javier Pérez-Serrabona González

1. Planteamiento y estado de la cuestión

En la actualidad, cualquiera que sea el ámbito del ordenamiento jurídico y particularmente, en el Derecho mercantil, encontraremos que casi todo está impregnado por la llamada sostenibilidad. Múltiples son las normas (nacionales, europeas o internacionales) que de una manera u otra, la abordan, las presuponen o la buscan¹. Es indudable que su uso está de moda en la medida en que al menos actualmente, cuenta con el favor social², o está tremendamente “popularizado” como señalan otros³; por lo que resultaba idóneo –a nuestro entender– centrar nuestras reflexiones en el ámbito de la sostenibilidad con sus manifestaciones e implicaciones en el ámbito societario. Las sociedades mercantiles, en la Unión Europea, giran en la actualidad en un contexto de gobierno corporativo sostenible y en este sentido, la política

1. Vid. P. Portellano Díez, *Nessun Norman: el verdadero ámbito de aplicación personal de la Directiva sobre diligencia debida y sus pilares*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Ángel Rojo* [(Coords. Campuzano Laguillo, A.B.Y. Castellano Ramírez, M^a J.)], Tomo II, Civitas 2024.

2. Como señala J.I. Peinado Gracia, *La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores*, en la *Revista de Derecho Mercantil*, n° 311, 2019, pp. 18, 19 y 29, y en *Apuntes sobre sostenibilidad y sociedades de capital. Enfoques y desenfoques*, en *El Derecho español de sociedades a la luz del Derecho europeo. Repensando las transposiciones*, 2024, pp. 505-524.

3. Vid. J. Megías López, *Tendencias normativas para un gobierno corporativo sostenible a través del propósito empresarial*, en la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n° 164, 2021, pp. 11-60.

legislativa comunitaria y española nos ha ido llevando de manera progresiva desde la denominada responsabilidad social corporativa hasta la sostenibilidad societaria. Se da un paso adelante respecto de la viabilidad de una compañía, no sólo en términos económicos⁴, sino también en cuestiones sociales y medioambientales. Y todo ello, revierte en el interés social de la empresa de forma que los diversos grupos de interés que se implican en la misma (y no solo nos referimos a los socios) participan en la consecución de estos hitos, derivados del desarrollo de políticas sostenibles. En paralelo, toma relevancia la digitalización, no sólo en términos de transparencia societaria, sino también en la implicación de los grupos de interés en la consecución de una sostenibilidad empresarial⁵. Iniciando –precisamente– con una aproximación sobre el rol que desempeña la sostenibilidad en el Derecho de sociedades, que hoy conduce a la cada vez más estricta, obligación de reportar sobre aspectos no económicos ligados a la defensa de los derechos humanos en un proceso acelerado de descarbonización; cabe recordar –aunque hoy parezca muy lejano– el arranque de la legislatura europea 2020-2024 en la que se publicaron sendas comunicaciones de la Comisión sobre “digitalización” y “sostenibilidad”⁶. Aunque bien, es cierto que los planes de acción sobre ambas hojas de ruta o brújulas fueron disruptivamente superados por la pandemia global del Covid-19 que aceleró, como históricamente siempre ha ocurrido,

4. O incluso de proteger los intereses en el ámbito no empresarial, como señala A. Sequeira Martín, *El desarrollo de la responsabilidad social corporativa versus sostenibilidad, y su relación con el gobierno corporativo en las directivas comunitarias y en el Derecho español de sociedades cotizadas*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2021, n° 61, pp. 3-4; y en el mismo sentido, J.M. Embid Irujo y P. Del Val Talens, *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: Entre la regulación legislativa y el soft law*, en *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, 2016, pp. 40-43.

Vid. M. Jensen, *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function*, en *Journal of Applied Corporate Finance*, 2001, n° 14, pp. 8-21.

5. Como detalladamente señalan, C. Molina Hernández, *La sostenibilidad y la digitalización, las dos grandes palancas de cambio del tejido empresarial actual en España*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 70, 2024.

6. A propósito de la digitalización sostenible véanse, M.C. Pastor Sempere, *Economía digital sostenible*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020; N. Calviño Santamaría, *Digitalización y sostenibilidad*, en *Economistas*, 2022, pp. 8-9; J.A. Sánchez Araque, J. Fernando Santos Peñalver, R. Banegas Ochovo, *El reto de la transformación empresarial: digitalización y sostenibilidad*, en la *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, n°137, 2022, pp. 29-31; N. Blandino López, *Digitalización societaria y sostenibilidad, en búsqueda de la recuperación económica*, en *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, n° 15, 2023; entre otros.

los procesos sociales y económicos basados en la digitalización y en el ámbito económico societario en el cumplimiento de obligaciones en gran parte sujetas a la transformación hacia una nueva economía⁷. Y es que, las transformaciones económicas, sociales y organizativas entre las que se encuentra inmersa la empresa, han dado paso a una visión plural de las organizaciones como centros donde convergen múltiples fines⁸. Esta nueva orientación en las estrategias de gestión empresarial está suponiendo una amplia revisión de las estructuras de gobierno y de los mecanismos de información y transparencia de las que se proveen las organizaciones para hacer frente al reto de mejorar sus sistemas de gobierno. En esta línea se considera que la transparencia que engendran los diferentes modelos de gobierno corporativo es un paso más en la generación de confianza y en la defensa de los intereses de los *stakeholders*⁹ de una organización. Pero es qué además, vivimos en un

7. En su desarrollo encontramos importantes grupos normativos, como el ya iniciado con anterioridad (y reformado en gran profundidad en 2022: la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas). que se refiere a la incorporación de los principios “Environmental, Social and Corporate Governance” (ESC) a las empresas europeas de gran volumen, extendidas ahora a las Pymes cotizadas en mercados mediante la obligación de reportar información no financiera.

8. Como señala, J. Megías López, *Gobierno sostenible de las sociedades de capital*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 26, 2022, pp. 303-319; con el planteamiento ético-económico de la conveniencia de tutelar desde la actividad empresarial intereses adicionales a los de los socios, se planteó en la discusión jurídica si el interés social incorporaba intereses de sujetos distintos a los socios, de modo que la gestión se condujera en búsqueda del beneficio múltiple. Y la conclusión predominante -y que permanece hoy- es que el interés social es el interés común de los socios. Como exponentes de esta doctrina favorable a una noción de interés social comprensiva de otros grupos de interés, baste la cita de G. Esteban Velasco, *Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)*, en Aa.Vv., *Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídico-económicos*, Universitat Jaume I, Castellón 2005, pp. 47 y ss., entre otros muchos lugares; y J. M. Embid Irujo, *La responsabilidad social corporativa ante el Derecho mercantil*, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2004, n.º 42, pp. 25-28. Frente a, entre otros muchos, J. Alfaro Águila-Real, *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Civitas, 1995, p. 53; o C. Paz-Ares Rodríguez, *El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa*, en Aa.Vv., *Derecho de sociedades: Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw-Hill 2002, p. 1808.

9. En el mundo de los negocios, los *stakeholders* son aquellos individuos o grupos que tienen interés e impacto en una organización y en los resultados de sus acciones

momento de la historia en el que también las personas tienen cada vez más en cuenta las repercusiones de las acciones de las empresas en el entorno, se tiene interés en saber –sobre todo, como consumidores–, si las empresas contribuyen negativa o positivamente al entorno, o incluso cuando actúan como inversores, necesitan poder medir la sostenibilidad cuando tienen en consideración razones morales en sus inversiones¹⁰.

De igual modo, nadie discute que la actividad de las sociedades (o el denominado, Derecho de sociedades) pueda comportar efectos desfavorables, que además pueden no imputarse a efectos del coste del producto o servicio ofrecido (externalidades negativas). En este sentido, las empresas están evolucionando para adaptarse a las crecientes exigencias de sostenibilidad impulsadas desde la UE. La incorporación de criterios de sostenibilidad en la toma de decisiones corporativas, la transparencia en la divulgación de información no financiera, la perspectiva del socio y de los trabajadores de la empresa o las conexiones entre el uso de metodología de machine learning y su impacto sobre la sostenibilidad son solo algunas de las transformaciones que se están produciendo. Y estos cambios reflejan el reconocimiento de que las empresas deben asumir un papel activo en la construcción de un futuro más sostenible y responsable.

Y es que vivimos en la tierra como si tuviéramos la percepción de que tenemos otra a donde ir, produce una inmensa tristeza y si se me permite, impotencia, pensar que la naturaleza habla mientras las sociedades no la escuchan. La economía y el medio ambiente son lo mismo, es la regla de la naturaleza. Los países como el nuestro –con sistemas electorales funcionan con beneficios inmediatos, basados principalmente en el populismo que se determina por las encuestas y no existe una concienciación del Derecho ambiental, de lo que puede pasar en un futuro (que además ya está pasando y nos está avisando) si no actuamos ahora, ya. Casi todos los Tratados que se hicieron hace 15, 20 años no se cumplen y son verdaderos fracasos. Siempre existen intereses políticos donde no premia el interés general si no el particular, que piensan más en el temor de que para lograr un medioambiente sano hay que sacrificar las economías actuales. Y es que en ocasiones parece que luchamos contra nuestros propios

(Vid. M. Jensen, *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function*, en *Journal of Applied Corporate Finance*, 2001, n° 14, pp. 8-21).

10. Además, las organizaciones sin ánimo de lucro necesitan saber si apoyar o no a determinadas empresas en su afán por resolver un problema determinado y, por tanto, surge en este contexto un cambio de paradigma en el que existe una necesidad por medir la sostenibilidad de las empresas.

gobiernos para intentar salvar a la naturaleza. El mundo ya no necesita que las empresas adopten medidas medioambientales para preservar la contaminación, necesita que no generemos esa contaminación. La realidad cambia y nosotros queremos luchar con el Derecho que ha de cambiar necesariamente, no pretender que la realidad se ajuste a la disciplina, sino esta adaptarse a las nuevas tendencias y necesidades del mercado¹¹. El problema de las leyes ambientales es que en la mayoría de las veces son justas y necesarias, pero son leyes que a pesar de su vigencia, en muchas más ocasiones de las deseadas carecen de eficacia porque no funcionan, el compromiso escrito raras veces se materializa (o cuanto menos) se materializan poco en la práctica. Y mayor problema es que los Estados no hacen nada y muy poco. Y es que el Estado no puede estar ausente, tiene que estar al lado siempre de los desamparados, y en esta ocasión puesto que solo hay una, de la tierra, del planeta¹². Las políticas y acuerdos internacionales medioambientales que se llevan a cabo se basan en el concepto de sostenibilidad, en esa capacidad de asegurar que la actividad económica que satisface las necesidades de las generaciones actuales no comprometa la capacidad de producción de las futuras generaciones para satisfacer las suyas.

2. Concepto evolutivo del “gobierno corporativo”

El movimiento de reforma del Derecho de sociedades sobre todo en materia de estructura de organización –y en particular de las sociedades

11. Ya decía Montesquie que, *una cosa no es justa por el hecho de ser ley, debe ser ley porque es justa*. (Vid. Igualmente la obra, *Justicia y sostenibilidad* (Coord. por González Cabrera I.), Dykinson, 2023.)

12. En realidad, todas las sociedades del mundo hemos pasado por tres momentos: un momento de indiferencia ecológica, inquietud ecológica (tal vez el planeta ni siquiera pueda cubrir mis necesidades primarias: y una tercera fase de compromiso económico donde existe que o cambian las empresas sus políticas ambientales o de compromiso con la sociedad o el mundo se derrite, se quema. De igual modo, véase como examina la oportunidad que representa para las empresas el liderazgo ético y sus ventajas competitivas para la empresa multinacional, M. Arrieta, *Condicionantes legales y éticos en la empresa global*, en la *La Ley mercantil*, n° 43, 2018, p. 6; y el tratamiento que aporta Giner San Julian, basado en la estructura social de la libertad y en el hecho de que la naturaleza humana es universal, a pesar de las variaciones locales, culturales y económicas, por un lado, y el surgimiento de un interés común mundializado basado en principios de fraternidad, igualdad de género y sostenibilidad ambiental, por otro (Vid. S. Giner San Julian, *La urdimbre moral de la modernidad*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 36, 2002, pp. 63-100).

cotizadas— que se promovió principalmente a raíz de la crisis en el 2008, puso de manifiesto carencias o deficiencias importantes de la regulación de los mercados de valores y del régimen de las sociedades que participaban en él. Los problemas estructurales que tenían las grandes sociedades eran por todos conocidas, ya que en las sociedades anónimas el titular del capital social de las anónimas es también el titular que asume el riesgo económico; sin embargo, en las sociedades cotizadas, los pequeños accionistas (o inversores) no tienen interés en participar de forma activa en el control de la sociedad (ni siquiera de pertenecer permanentemente en la sociedad). Al mismo tiempo, el poder de decisión de los consejeros y directivos en la elección y gestión se refuerza mediante la apropiación de votos de estos accionistas desinteresados, a través de la delegación, lo que unido a las carencias en materia de rendición de cuentas y responsabilidad, les facilita una posición autónoma frente a los instrumentos de control tradicionales de la sociedad anónima¹³. Con estos problemas —intrínsecos a la estructura de las sociedades— se hace necesario promover una estructura de organización que a partir de la confianza de los mercados, logre el objetivo de una ejecución del poder de decisión y del control de la sociedad de manera eficiente. Y con el movimiento del “gobierno corporativo” (y la elaboración de los denominados códigos de buen gobierno) se incorporan normas al ordenamiento interno de las sociedades con la consiguiente intensificación de la transparencia e información en el mercado¹⁴.

13. Vid. con toda modestia, las aportaciones que sobre los consejeros analiza, F.J. Pérez-Serrabona González, *El «estatuto jurídico» del consejero delegado de las sociedades de capital*, Thomson Reuters Aranzadi 2020.

14. Estas medidas, como señala, S. Rodríguez Sanchez (Vid. *La reforma proyectada sobre la estructura de las sociedades cotizadas*, en *Responsabilidad, economía e innovación corporativa* – Dir. C. Vargas Vasserot – Marcial Pons 2021, pp. 127), se complementan con el establecimiento de normas en materia de responsabilidad social corporativa, muestra de ello es una de las más recientes reformas de nuestro Código de Comercio, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley de Auditoría de Cuentas, a través de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad, al interponer las exigencia para determinadas sociedades de importantes dimensión de que en él informa de gestión de las sociedades se acompañe del estado de la información no financiera, lo que pone de manifiesto la creciente significación de la responsabilidad social corporativa. En este sentido, la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 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 accionistas; también tiene como objetivo reforzar ese régimen de control, supervisión y gestión de estas sociedades, fomentando la implicación a largo plazo de estos accionistas (inversionistas), vinculando sobre todo este objetivo a la

Es verdad, que desde hace ya tiempo nuestra figura dejó de ser una noción limitada en su alcance al ámbito estricto de la empresa, con repercusiones sociológicas e incluso de orden filosófico, para asumir paulatinamente una cierta consistencia jurídica, a pesar de que siga siendo escasa su regulación en el panorama comparado¹⁵. Regulación, por otra parte, carente de unidad y concentrada, a la vez, en asuntos de considerable amplitud, como por ejemplo los que en el ámbito de la Unión Europea se refieren al deber de proporcionar la ya citada información no financiera y todo ello, al lado del tratamiento que a la responsabilidad social corporativa se dispensa en el Derecho firme, como el ejemplo que se acaba de citar, encontrándonos también huellas de la misma manera en el ámbito singular del Derecho blando. Por lo tanto no nos parece seguro que pueda calificarse a la responsabilidad social corporativa como auténtica institución jurídica, al menos en el sentido convencional de la fórmula con la que se alude a figuras dotadas de un relieve significativo tanto en la esfera puramente social como en el terreno, más acotado del propio ordenamiento; pero no sería equivocado en alguna medida situarla, así como a los fenómenos a ella concomitantes, en el amplio campo delimitado por el Derecho mercantil, al tener este como elementos centrales de ordenación al mercado y a la empresa¹⁶.

viabilidad-sostenibilidad a largo plazo de las sociedades (Vid. sobre el particular las reflexiones realizadas por, M. Bohórquez-Alvarez, *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital sobre las operaciones con partes vinculadas. La incorporación de la Directiva 2017/828*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 20, 2020; A. Campins Vargas, *El nuevo régimen de operaciones vinculadas intragrupo en sociedades de capital no cotizadas. Derecho especial de grupos* ma non troppo, en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 322, 2021; Martínez-Echevarría y A. García De Dueñas, *El fomento del equilibrio en el gobierno corporativo y la promoción de la sostenibilidad por medio de él*, en *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas* (Dir. Martínez-Echevarría y A. García De Dueñas), 2019, pp. 25-38).

15. Sobre el particular, muy relevantes a la vez que precisas en el tiempo son las reflexiones realizadas por J.M. Embid Irujo, *Huellas de la responsabilidad social corporativa en el Derecho Español*, en *Responsabilidad, economía e innovación social corporativa* (Dir. C. Vargas Vasserot), Marcial Pons 2021, pp. 17-37.

16. En este sentido, J.M. Embid Irujo, *Aproximación al significado jurídico de la responsabilidad social corporativa*, en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 316, 2020, pp. 11-44. Al significar en su procedencia, que la responsabilidad social corporativa social tiene una relación directa a un amplio conjunto de intereses ajenos a la empresa en una visión convencional de las cosas en tal sentido, que la figura termina por situarse o por recalar –como cita textualmente– en el terreno del mercado, como un elemento relevante de la identificación y en su caso, por la estimación prestigiosa de la empresa que la lleve a cabo, sin que quepa ignorar, a la vez, su potencial e intensa idoneidad

El gobierno corporativo y la sostenibilidad se han convertido en uno de los pilares de la estrategia corporativa de las empresas actuales¹⁷. No es fácil realizar una relación entre la responsabilidad social corporativa, la sostenibilidad y el gobierno corporativo societario, cuando todas

competitiva. Son igual de relevantes y esclarecedoras las aportaciones realizadas por el mismo autor (Embid Irujo) en: *Sostenibilidad, responsabilidad social corporativa y posición de los administradores: especial referencia al código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, en *Deberes de los administradores de las sociedades de capital* (Dir. A. Cohen Benchetrit; Coord. M. Viñuelas Sanz), 2023, pp. 49-79; *El inesperado interés de la empresa*, en *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal: libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González* (Coord. M.J. Peñas Moyano), 2023, pp. 239-250; *De la responsabilidad social corporativa a la sostenibilidad*, en *Problemas actuales del gobierno corporativo: IX Incontro/Encuentro Italiano-Español de Derecho Mercantil* (Coord. J.M. Embid Irujo y N. Abriani), 2023, pp. 27-50; *Viability of Non-Recognised Benefit Corporations*, en *The International Handbook of Social Enterprise Law: Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies* (Coord. H. Peter H.), 2023, pp. 339-353; *Pautas para la comprensión y la interpretación del código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, en *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros: libro homenaje al profesor Adolfo Sequeira Martín*, 2022, pp. 433-449; *La responsabilidad social corporativa en el código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, en *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos* (Dir. J.R. De Verda Y Beamonte y Coord. A. Carrión Vidal y G. Muñoz Rodrigo G.), 2022, pp. 537-554; *La vertiente no financiera (responsabilidad social corporativa y sostenibilidad) en la reciente evolución del derecho español*, en *Gobierno corporativo, sostenibilidad y reputación* (Dir. Martínez-Echevarría y A. García De Dueñas), 2022, pp. 33-60; *Hacia la regulación jurídica de la responsabilidad social corporativa*, en *Empresa, economía y sociedad: homenaje a Vicente Salas Fumás* (Coord. J.M. Delgado Gómez), 2021, pp. 367-396; *Derecho de sociedades e interés general*, en *Instituciones de derecho privado*, vol. 6, tomo 2, 2020, pp. 19-66, I. Navarro, *Responsabilidad social corporativa: cumplimiento normativo y deberes de los administradores*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 63, 2021, pp. 177-198; entre otras].

17. Se puede decir que está en uno de los momentos más álgidos también dentro del ámbito de aplicación de las políticas públicas y esto es así, porque ya no son exclusivamente empresas o sociedades del ámbito privado las que son conscientes de la importancia que para la realidad actual, tiene la promoción de la sostenibilidad en el desarrollo de cualquier actividad que repercuta en la sociedad, la economía o el medio ambiente (pilares de nuestras reflexiones en esta contribución), sino que desde la perspectiva de las políticas públicas encontramos cada vez más signos de una consideración creciente, por parte de las diferentes instancias gubernamentales. En este propósito jugarán un papel fundamental un gran número de iniciativas que desde la corriente del llamado *Corporate Governance* se van proponiendo en el campo de las sociedades públicas y privadas (Vid. A. Serrano Romera, *Medidas de gobierno corporativo en la sociedad pública local: análisis actual y perspectivas de aplicación*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2020, pp. 35); y asimismo en S. Hierro Anibarro y M. Zabaleta Díaz, *Cogestión y gobierno corporativo en Europa: Un viaje de ida y vuelta*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 52, 2018, pp. 61-105).

ellas son denominaciones sobre las que inciden múltiples definiciones doctrinales, pero que carecen de un preciso concepto jurídico, aunque siendo continuamente mencionadas y recogidas por las normativas de muy diversos sectores del ordenamiento¹⁸. Y si ya es difícil dar un concepto preciso de cada una de estas figuras¹⁹, mayor dificultad tendría indicar cuál sería su interrelación en el marco de las estructuras del gobierno corporativo de las sociedades en el Derecho comunitario y español, máxime cuando en la mayoría de las ocasiones han aparecido como categorías autónomas e inconexas. Por gobierno corporativo, se viene entendiendo como el conjunto de normas que rigen la forma de controlar y gestionar las empresas, distribuye y equilibra los poderes entre todos los grupos de interés de la empresa (junta directiva, consejo de administración, accionistas, clientes, proveedores, empleados...) y, establece las normas y los procedimientos de toma de decisiones que deben seguirse²⁰. Así, la preocupación por la mejora del funcionamiento de todos estos grupos de interés constituirá todo el conjunto de normas, recomendaciones y principios englobaran el mejor funcionamiento de todos los órganos societarios en lo que se ha denominado el buen gobierno corporativo. A su vez, el sentido de lo que la responsabilidad social corporativa significa ha venido siendo contemplado desde muy diversos campos del saber y no solo del jurídico, y ha sido entendido en su contenido, desde una óptica societaria, como una función que va desde una visión estrictamente filantrópica ocasional y asistemática de la actividad social, hasta lo que es una atención libremente elegida, planificada, ordenada y estable de la sociedad a través de las políticas de actuación en relación con lo que pueden ser los diversos intereses que,

18. Entre ellos el Derecho financiero, societario, laboral, derecho de los consumidores, etc.

19. La primera organización internacional que se aproximó a una primera caracterización de la sostenibilidad fue la Organización de las Naciones Unidas en 1974, que quedó recogida en el documento llamado Estrategia Mundial de la Conservación, por parte de la Unión Internacional de la Conservación de la Naturaleza (finalmente en el 1980), con la asesoría y apoyo financiero del Programa de las Naciones Unidas para el Medio ambiente (PNUMA) y el World Wildlife Fund (WWF).

20. No obstante, existen varios modelos de “gobierno corporativo” en todo el mundo, cada uno con sus propias características y enfoques. Algunos de los más conocidos son: el gobierno corporativo en Estados Unidos, centrado en la protección de los derechos de los accionistas, por ello las compañías están dirigidas por un consejo de administración independiente que supervisa a la alta dirección; o, el gobierno corporativo en Asia, enfocado en la estabilidad y la armonía a largo plazo, sus empresas -a menudo- están influenciadas por accionistas familiares o grupos empresariales, y el énfasis se pone en las relaciones a largo plazo y no en los beneficios a corto plazo.

distintos del de los accionistas, se ven afectados por su relación con la organización empresarial de la que la sociedad es su titular, pasando por considerarla una preocupación por la incidencia que la actividad societaria pueda tener en la sostenibilidad medioambiental y social en la que se desenvuelve, incluso incluyendo el gobierno corporativo, en lo que se aproximaría al contenido de lo que hoy sería la estrategia de las políticas de sostenibilidad²¹.

3. Transición normativa de la responsabilidad social corporativa a la sostenibilidad societaria

Como venimos señalando en relación con la sostenibilidad, probablemente asistimos en los últimos años a la mayor producción normativa europea en un fenómeno sin parangón incluso comparado con otras áreas jurídicas tradicionalmente profusas respecto a la publicación de leyes. En España, el marco general societario lo encontramos en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. A partir de él queremos apuntar dos cuestiones fundamentales: por un lado, las modificaciones que esta regulación viene asimilando y que incorporan elementos ligados al papel de la responsabilidad de las sociedades de capital en su contexto; y, por otro lado, las evidencias de que, con todo, este marco deja aún espacio a la incorporación de la regulación específica de las empresas con propósito de salvaguardar el medio ambiente.

Así como el concepto de “responsabilidad social”²², hace

21. Vid. A. Sequeira Martín, *El desarrollo de la responsabilidad social corporativa versus sostenibilidad y su relación con el gobierno corporativo en las Directivas comunitarias y en el Derecho español de sociedades cotizadas*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 61, 2021.

22. La bibliografía jurídica sobre la responsabilidad social ya sabemos que es abundante advirtiéndose dentro de ella diferentes niveles que van desde la teoría jurídica general, a sectores concretos del ordenamiento, como el Derecho mercantil y de sociedades, pasando por planteamientos de ámbito internacional, al hilo, sobre todo, de la significativa labor reguladora, aun orientada a través de instrumentos propios del Derecho blando, llevada a cabo por organismos supranacionales desde Naciones Unidas hasta la Unión Europea, pasando por la OCDE y la OIT (Vids. M. Amstutz, *The Evolution of Corporate Social Responsibility. Reflections on the Constitution of a Global Law for Multinational Enterprises*, SZW/RSDA, n° 3, 2015, pp. 189-198 (esp. pp. 194 y ss); V. Jentsch, *Corporate Social Responsibility and the Law: International Standards, Regulatory Theory and the Swiss Responsible Business Initiative*, European University Institute Working Papers (Max Weber Programme), 2018; más común es la

referencia a que una empresa es socialmente responsable cuando en su proceso de toma de decisiones valora el impacto de sus acciones en las comunidades, en los trabajadores y en el medio ambiente, e incorpora efectivamente sus intereses en sus procesos y resultados; el concepto de “responsabilidad social corporativa”²³ cada vez va

elaboración de obras misceláneas en las que se intenta ofrecer una imagen genérica de la responsabilidad social corporativa al hilo de su significado, ciertamente diverso, en las distintas disciplinas jurídicas; G. Bevivino, *La responsabilità sociale delle imprese. Strumenti attuativi e rimedi*, Edizioni Scientifiche Italiane 2018; H.S. Fleischer Kalss y H.U. Vogt (Hrsg.), *Corporate Social Responsibility. Achten deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium*, Mohr Siebeck 2018, y M. Castellaneta y F. Vessia (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa tra Diritto societario e Diritto internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane 2019; y, entre nosotros, con mayor amplitud, M. Ruiz Muñoz y B. De La Vega (Dirs.), *Responsabilidad social corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo*, Tirant lo Blanch 2019. Y en lo que se refiere al ámbito estrictamente del Derecho mercantil y de sociedades, donde nuestra figura adquiere, como señalamos, mayor relieve, las aportaciones son ya muy numerosas; entre ellas y además de las señaladas en notas anteriores, tanto en el ámbito jurídico español como fuera de nuestras fronteras, R. Alfonso Sánchez (Dir.), *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil*, Comares, 2010; H. Fleischer, *Corporate Social Responsibility. Vermessung eines Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht*, en AG, vol. 62, n° 15, 2017, pp. 509-525, y C. Angelici, *Divagazioni sulla responsabilità sociale d'impresa*, in *Riv. Soc.*, n° 63, 2018, pp. 3-19; por supuesto todas las obras señaladas (anteriormente) del Prof. J.M. Embid Irujo y P. Del Val Talens, *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2016; A. Sequeira, *La relación entre la responsabilidad social corporativa y el gobierno corporativo en las Directivas comunitarias y en el Derecho español de sociedades cotizadas*, en Aa.Vv., *Delendus est Leviathan. Liber Amicorum Profesor José María de la Cuesta Rute*, Wolters and Kluwer 2020, pp. 435-468; E. Velasco, *Buen gobierno, fin/interés social y responsabilidad social corporativa. Hacia un modelo de gobierno corporativo socialmente responsable*, en A. Roncero Sánchez (Coord.), *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, T.I. Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 969-1024; M. Ruiz Muñoz, *Un apunte crítico sobre la Responsabilidad social corporativa*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 38, 2012, pp. 155-198; C. Vargas Vasserot, J. Alcalde Silva y W. Clark (Dirs.), *Empresas B y Sociedades BIC. Perspectiva comparada de un nuevo modelo de emprendimiento con propósito social*, Tirant lo Blanch 2020; además de las que se citarán con posterioridad en esta contribución; M.C. Escribano Gámir, *Gobierno corporativo e igualdad de género: realidad y tendencias regulatorias actuales*, Tirant lo Blanch 2019, pp. 120-150;

23. La “responsabilidad social corporativa” va más allá del cumplimiento de las leyes y las normas, dando por supuesto su respeto y su estricto cumplimiento. En este sentido, la legislación laboral y las normativas relacionadas con el medio ambiente son el punto de partida con la responsabilidad ambiental. El cumplimiento de estas normativas básicas no se corresponde con la “responsabilidad social” sino con las obligaciones que cualquier empresa debe cumplir simplemente por el hecho de realizar su actividad. Sería difícilmente comprensible que una empresa alegara actividades de

dejando más paso al término “sostenibilidad”²⁴. Pero recordemos que esto no es nuevo, la “sostenibilidad” –y, en su anterior terminología (“responsabilidad social corporativa”) lleva tiempo incardinándose en los consejos de administración. Respecto a la incorporación de una cierta responsabilidad empresarial en el propio marco de la Ley de Sociedades de Capital, resulta fundamental apuntar distintas reformas normativas que se han sucedido a lo largo de los años: ya, el primer Código de buen gobierno español para las sociedades cotizadas (Código de Buen Gobierno de 2006)²⁵ incluyó la política de “responsabilidad social corporativa” en el elenco de materias que recomendaba asumir al consejo de administración en pleno; más adelante, en particular como consecuencia del cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional de Reformas 2013²⁶ cuya máxima pretensión era ampliar el actual –por aquel entonces– marco del buen gobierno corporativo en España, mejorando de este modo la eficacia y responsabilidad en la gestión de las

responsabilidad social corporativa si no ha cumplido o no cumple con la legislación de referencia para su actividad.

24. Los primeros pasos de este proceso de transformación en nuestro país se pueden situar en la Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia, la cual venía a positivizar algunas de las propuestas recogidas en el *Informe Aldama*, como la introducción de la obligación por parte de las sociedades de publicar un informe anual de gobierno corporativo, que debía contener, entre otros, información sobre la estructura de propiedad y de administración de la sociedad, así como el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo (o, en su defecto, una explicación de por qué éstas no se estaban siguiendo). En este sentido, *vid.* M. García Mandaloniz, *Hacia un gobierno corporativo sostenible con implicación efectiva y sostenible de los accionistas para la mejora del rendimiento financiero y no financiero a largo plazo y con divulgación de la información no financiera*, en *Revista de Derecho De Sociedades*, n° 54, 2018, pp. 101-102.

25. Aprobado por Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), de 22 de mayo de 2006, como documento único, junto con las recomendaciones de gobierno corporativo a efectos de lo dispuesto en el apartado 1. f) de la Disposición 1ª de la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre.

26. Y es que tras la crisis económica resulta vital reforzar de manera estratégica y prioritaria la aplicación en España de los estándares internacionales de Buen Gobierno, siguiendo las pautas marcadas por las recomendaciones sobre la materia de la Unión Europea y la OCDE, y por las mejores prácticas de los países de nuestro entorno (AGS 3.2.26). Aunque no fueron las únicas reformas en este sentido, en el ámbito financiero –como sabemos– ya se habían dado los primeros pasos en esta línea por parte del Banco de España, controlando y supervisando a las distintas entidades haciéndola extensiva también a los miembros de los órganos de administración, velando porque éstos controlasen y cumpliesen con los requisitos de honorabilidad, experiencia y buen gobierno marcados por la Autoridad Bancaria Europea (EBA).

sociedades españolas²⁷, junto a la Ley 31/2014, por la que se modificó la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo –hoy vigente–²⁸ se trasladó dicha recomendación al derecho imperativo, estableciendo como facultad indelegable del consejo –en el marco de las sociedades cotizadas–, entre otras, la aprobación de la política de responsabilidad social corporativa; tras esta actualización del Derecho positivo, llegó la actualización del Código de Buen Gobierno en 2015, cuyo nuevo Código trató con intensidad esta materia, incluyendo un apartado específico sobre responsabilidad social corporativa que incluía dos recomendaciones, una, sobre los contenidos mínimos que se recomendaba incluir en la política de responsabilidad corporativa y otra, sobre la información que la sociedad debía dar al respecto, bien en el informe de gestión, bien en un documento independiente; más cercana en el tiempo, en trasposición de la Directiva de información no financiera de 2014, se aprobó en España la Ley 11/2018 en materia de información no financiera y diversidad²⁹ que hizo obligatorio –para las sociedades cotizadas y otras grandes empresas–, la emisión de un informe en el que se proporcionase información sobre cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno; transcurridos cuatro años desde la aprobación del Código de buen gobierno, en el Plan de actividades de la CNMV para 2019 se incluyó el objetivo de revisar y clarificar algunas de sus recomendaciones y una vez concluidos los trabajos de preparación de los textos correspondientes, se decidió ampliar el alcance de la reforma para añadir la revisión de algunos aspectos adicionales, lo que se incluyó en el Plan de actividades para 2020. La propuesta de modificación, de alcance limitado, se

27. Y, al tiempo, situando los estándares nacionales al más alto nivel de cumplimiento comparado de los criterios y principios internacionales de buen gobierno.

28. Cuyo cometido pretende modernizar y mejorar la gobernanza de las sociedades de capital, incluyendo cambios sobre su régimen jurídico; dando más protagonismo –entre otras- a la Junta de Accionistas en las decisiones empresariales; introduciendo controles más estrictos de las remuneraciones de los directivos y regulando explícitamente la exigencia de su responsabilidad por la gestión que realicen, entre otras materias. También incluye, la obligatoriedad de publicar los periodos medios de pago a proveedores de todas las entidades de este tipo, de modo que se puedan atajar los retrasos que se están produciendo en el abono de facturas en el ámbito privado.

29. Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (publicada en el BOE, n° 314, 29 diciembre 2018).

sometió a consulta pública³⁰ y en ese mismo año³¹, la Comisión Nacional del Mercado de Valores aprobó una nueva reforma del Código de Buen Gobierno que incidía en cuatro ejes, casi todos ellos ligados en mayor o menor medida a la sostenibilidad: el fomento de la presencia de mujeres en los consejos de administración; la mayor relevancia de la información no financiera y la sostenibilidad; una mayor atención a los riesgos reputacionales y en general no financieros; y, la sustitución del término responsabilidad social corporativa por el más amplio y actual de sostenibilidad, en relación con aspectos medioambientales, sociales y de gobierno (ESG, por sus siglas en inglés).

3.1. *A propósito del nuevo Código de Buen Gobierno Corporativo (2020): La Comisión de auditoría, información no financiera y sostenibilidad (y sus recomendaciones)*

El presente Código de buen gobierno contiene recomendaciones de gobierno corporativo a los efectos previstos en la letra g) del apartado 4 del art.540 de la Ley de Sociedades de Capital. Y aunque en su mayoría, las *recomendaciones* que realiza están destinadas al conjunto de las sociedades cotizadas, con independencia de su tamaño y nivel de capitalización³², además de su contenido se desprende que algunas de ellas pueden resultar –incluso– poco apropiadas o excesivamente onerosas para las empresas de menor tamaño, en cuyo caso, las sociedades afectadas deberían explicar (debidamente) las razones y las opciones elegidas, quedando salvaguardada su libertad y autonomía de organización.

Este nuevo Código, presenta ciertas novedades que merecen ser resaltadas: se ajusta a un nuevo formato que parte de distinguir e identificar los principios que, en cada caso, inspiran las *recomendaciones* de carácter concreto y específico³³; incorpora a normas legales un buen número de las *recomendaciones* del Código unificado de 2006³⁴;

30. Entre el 15 de enero y el 14 de febrero de 2020, recibándose numerosas opiniones y comentarios de diversas corporaciones e interesados que se tuvieron en cuenta para determinar el alcance final de las modificaciones introducidas.

31. El 26 de junio del 2020.

32. Salvo aquellas *recomendaciones* en las que expresamente se indica que son de aplicación sólo a las sociedades cotizadas de mayor capitalización.

33. Estos principios se recogen de forma agrupada en el apartado II del Código de Buen Gobierno.

34. En cuestiones tales como: las competencias exclusivas de la junta general de

y, finalmente, se incorpora *recomendaciones* específicas en materia de responsabilidad social corporativa, que aunque fueron excluidas en el informe de 19 de mayo de 2006 del Grupo especial de trabajo sobre buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, sin embargo, su importancia era una realidad que cada vez estaba más ausentada, tanto en España como en los países de nuestro entorno, y por tanto que exigía una adecuada atención por parte de los sistemas de gobierno corporativo de las sociedades, motivo por el cual no podía quedar al margen de un buen Código de recomendaciones de buen gobierno corporativo³⁵.

Además, con carácter general, se sustituye con el nuevo Código la referencia a la responsabilidad social corporativa por el vocablo “sostenibilidad” o por la expresión “aspectos medioambientales, sociales y de gobierno corporativo” (por ser ambas expresiones que cada vez están ganando más aceptación)³⁶. Entre las funciones que se asignan a la Comisión de auditoría se incluyen la supervisión del proceso de elaboración y la integridad no sólo de la información financiera, sino también de la información no financiera, así como la función de supervisar los sistemas de control y gestión de los riesgos financieros y no financieros³⁷. Por ello se da nueva redacción a la *recomendación 39*

accionistas o del consejo de administración, la votación separada de acuerdos, el fraccionamiento del voto, etc.), por lo que no forman parte de este Código de Buen Gobierno. En el mismo sentido, las definiciones de las distintas categorías de consejeros han pasado a estar contenidas, primero, en la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo¹ y, más recientemente, en la Ley de Sociedades de Capital (art. 529 *duodecies*) no incluyéndose en este Código de Buen Gobierno.

35. En su integridad, el proceso de revisión de 2020 afectó, aun con diferente nivel de intensidad, a las *recomendaciones* 2, 4, 6, 7, 8, 14, 15, 22, 24, 37, 39, 41, 42, 45, 53, 54, 55, 59, 62 y 64.

36. Como indicó el supervisor en el documento sometido a consulta “Propuesta de modificación de determinadas recomendaciones del Código de Buen Gobierno”, de fecha 14 de enero del 2020.

37. *Cfr.* La *Recomendación 42* del nuevo Código de Buen Gobierno (2020) entre las que destacan en relación con los sistemas de información y “control interno”: la de supervisar y evaluar el proceso de elaboración y la integridad de la información financiera y no financiera, así como los sistemas de control y gestión de riesgos financieros y no financieros relativos a la sociedad, velando por la independencia de la unidad que asume la función de auditoría interna y proponiendo la selección, nombramiento y cese del responsable del servicio de auditoría interna, así como su presupuesto y el plan de trabajo anual de la auditoría interna, tanto recibiendo información de sus actividades como verificando que la alta dirección tenga en cuenta las conclusiones y recomendaciones de sus informes; establecer y supervisar un mecanismo que permita comunicar las irregularidades de potencial trascendencia; y, en general, velar en general

en el sentido siguiente: “que los miembros de la comisión de auditoría en su conjunto, y de forma especial su presidente, se designen teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría y gestión de riesgos, tanto financieros como no financieros”³⁸. Se modifica asimismo la *recomendación 43* respecto a los riesgos que ha de identificar la política de control y de gestión de riesgos de la cotizada³⁹.

Consecuentemente, se revisan las *recomendaciones 53 y 54* señalando que la supervisión del cumplimiento de las políticas y reglas de la sociedad en materia medioambiental, social y de gobierno corporativo, así como de los códigos internos de conducta, se atribuya a una o se reparta entre varias comisiones del Consejo de administración, que podrán ser la comisión de auditoría, la de nombramientos, una comisión especializada en sostenibilidad o responsabilidad social corporativa u otra comisión especializada que el consejo de administración, en ejercicio de sus facultades de auto organización, haya decidido crear. Disponiendo para tal comisión, que en su integridad este compuesta únicamente por consejeros no ejecutivos, siendo la mayoría independientes y se le atribuyan específicamente las funciones mínimas que se indican en la recomendación siguiente (*recomendación 54*)⁴⁰.

por que las políticas y sistemas establecidos en materia de control interno se apliquen de modo efectivo en la práctica. Y por su parte, en relación con el “auditor externo”: en caso de renuncia, examinar las circunstancias; velar que la retribución del auditor externo por su trabajo no comprometa su calidad ni su independencia; supervisar que la sociedad comunique a través de la CNMV el cambio de auditor y lo acompañe de una declaración sobre la eventual existencia de desacuerdos con el auditor saliente; asegurar que el auditor mantenga anualmente una reunión con el pleno del consejo de administración para informarle sobre el trabajo realizado y sobre la evolución de la situación contable y de riesgos de la sociedad; asegurar que la sociedad y el auditor respetan las normas vigentes sobre prestación de servicios distintos a los de auditoría y, en general, las demás normas sobre independencia de los auditores.

38. Como magistralmente señala, R. Palá Laguna, *La CNMV aprueba la reforma del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas* (26 de junio del 2020), en Gómez Acebo&Pombo en el análisis de julio 2020.

39. Indicando la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el apartado III.4.5 del Código de Buen Gobierno del 2020 que, *dada la relevancia de las cuestiones relativas a sostenibilidad y a aspectos sociales, medioambientales o de gobierno corporativo, se recomienda la identificación y atribución de funciones específicas en esta materia a una comisión especializada, que podrá ser la comisión de auditoría, la comisión de nombramientos, una comisión de sostenibilidad o responsabilidad social corporativa u otra comisión ad hoc, con el objetivo de impulsar una gestión de estos asuntos más intensa y comprometida.*

40. Cfr. *Recomendación 55*, en la que se señalan las funciones mínimas de los

La apertura y sensibilidad hacia el entorno, el sentido de comunidad, la capacidad innovadora y la consideración de la sostenibilidad y el largo plazo se añaden a la imprescindible creación de valor como fundamentos de la actividad empresarial. Por tanto, es recomendable que las empresas analicen cómo impacta su actividad en la sociedad y cómo esta impacta, a su vez, en la empresa. Así, el cometido de las políticas de sostenibilidad en materia mediambiental y social se detalla en la *recomendación 55*, identificando e incluyendo al menos: los principios, compromisos, objetivos y estrategia en lo relativo a accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal, respeto de los derechos humanos y prevención de la corrupción y otras conductas ilegales; los métodos o sistemas para el seguimiento del cumplimiento de las políticas, de los riesgos asociados y de su gestión; los mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, incluido el relacionado con aspectos éticos y de conducta empresarial; los canales de comunicación, participación y diálogo con los grupos de interés; y, las prácticas de comunicación responsable que eviten la manipulación informativa y protejan la integridad y el honor. Por último, se modifica la *recomendación 41* para aclarar que el responsable de la unidad que asuma la función de auditoría interna puede presentar directamente al Consejo, para su aprobación, su plan anual de trabajo –y no a la comisión de auditoría–; detallando además, respecto a su versión anterior, el contenido de la información sobre su ejecución⁴¹.

consejeros no ejecutivos, siendo principalmente independientes, como: la de supervisión del cumplimiento de las reglas de gobierno corporativo y de los códigos internos de conducta de la empresa; la de supervisar la aplicación de la política general relativa a la comunicación de información económico-financiera, no financiera y corporativa, así como a la comunicación con accionistas e inversores, asesores de voto y otros grupos de interés; la de evaluar y revisar periódicamente el sistema de gobierno corporativo y de la política en materia medioambiental y social de la sociedad, con el fin de que cumplan su misión de promover el interés social.

41. Cfr. La *Recomendación 41* al sugerir que, el responsable de la unidad que asuma la función de “auditoría interna” presente a la comisión de auditoría, para su aprobación por esta o por el consejo, su plan anual de trabajo, la informe directamente de su ejecución, incluidas las posibles incidencias y limitaciones al alcance que se presenten en su desarrollo, los resultados y el seguimiento de sus recomendaciones y le someta al final de cada ejercicio un informe de actividades.

4. Derribando mitos: el nuevo paradigma de la sustentabilidad en los negocios

Es por todos conocido que la sostenibilidad ya lleva tiempo llamando a la puerta de los consejos de administración, y los más diligentes ya se la han abierto y la están acomodando entre sus prioridades. Las obligaciones en este ámbito van a ser cada vez mayores, y mayor deberá ser el tiempo y los recursos que se le dediquen. Referidos a los distintos ámbitos ya analizados en los que puede enfocarse el concepto y las políticas de la responsabilidad social corporativa dentro de la empresa, hay que hacer referencia también a su ubicación en el terreno del Derecho privado y más específicamente en el sector correspondiente al Derecho mercantil. Es en esta área del Derecho donde se encuentra el núcleo jurídico esencial de la empresa (concepto que delimita su disciplina) y dentro de la adscripción de la responsabilidad social corporativa al Derecho mercantil, es el “Derecho de sociedades”, su campo más concreto, y no sólo por lo que respecta al ámbito de las sociedades cotizadas, sino extensamente a todo tipo de sociedades. Tal atención está perfectamente justificada ya que la profusión normativa en materia de sostenibilidad es imparable y, en muchos casos, tiene un impacto directo en los administradores. Como muestra de lo que acaba de llegar, dos normas: por un lado, la reciente *Directiva sobre la diligencia debida*⁴² de las empresas en materia de sostenibilidad y derechos humanos, cuyo objetivo es fomentar un comportamiento empresarial sostenible y responsable⁴³ y anclar los derechos humanos y las consideraciones medioambientales en las operaciones y el gobierno corporativo de las empresas; y por otro, la *Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad*⁴⁴, que introduce exigencias más

42. Vid. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (Publicada en el *DOUE*, n° 1760, 5 julio 2024).

43. Vid. La reciente contribución de A.J. Tapia Hermida, *La responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*, en *Revista La Ley Mercantil*, n° 119, 2024; analizando como la norma dedica en su art. 29 el régimen de la responsabilidad civil de la sociedad y, poniendo de manifiesto los requisitos que han de concurrir para la imputación de responsabilidad a la sociedad conforme a la Directiva.

44. Vid. Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) N° 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo

detalladas en materia de información, y pretende garantizar que las grandes empresas estén obligadas a publicar información en materia de sostenibilidad, como los derechos medioambientales, los derechos sociales, los derechos humanos y los factores de gobernanza.

Las nuevas reglas pretenden garantizar que las empresas aborden los impactos adversos de sus acciones, incluso en sus cadenas de valor dentro y fuera de Europa. Incluyen, en su articulado, referencias expresas al deber de diligencia de los administradores de las sociedades, instando a que los Estados miembros velen por que, al cumplir su deber de actuar en el mejor interés de la empresa, teniendo en cuenta las consecuencias de sus (malas, u omisas) decisiones en materia de sostenibilidad, incluidas cuando proceda, las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo. Y hacen contundente referencia a qué por medio de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativa, se asegure el incumplimiento de las obligaciones de los administradores a estas cuestiones⁴⁵. En este contexto, la gestión social sostenible hará que en los años sucesivos nos cuestionemos si nos encontramos ante un verdadero cambio de paradigma en cuanto a la determinación del interés social y el propio modelo de sociedad cotizada, lo que abrirá el camino a la posibilidad de llevar a cabo una revisión del modelo monista en España⁴⁶.

4.1. *Últimas claves de los informes de sostenibilidad del futuro*

En 2021, la Comisión evaluó diversas Directivas (incluida, la de 2014/95/UE) concluyendo que muchas empresas no presentan información significativa sobre temas de sostenibilidad, la comparabilidad y accesibilidad de esta información es limitada, y el ámbito de aplicación de la normativa es reducido. Y como consecuencia, en diciembre de 2022, aprobó la nueva *Directiva de Sostenibilidad*, que reemplaza a la –citada– Directiva 2014/95/UE en lo que respecta a la

que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Publicada en el *DOUE*, n° 322, 16 diciembre 2022).

45. Clausulado que no ha estado exento de crítica, al tratar una cuestión tan sensible y de tan diferente tratamiento en los diversos países de la Unión Europea como la responsabilidad de administradores, pero que sin duda ponen de manifiesto la intención del legislador.

46. Vid. A.M. Vaduva, *Sostenibilidad corporativa: ¿un nuevo paradigma en el gobierno de las sociedades mercantiles?*, en *Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n° 279, 2024, pp. 5-40.

divulgación de información no financiera y datos sobre sostenibilidad⁴⁷. Su cometido era abordar estas deficiencias, centrándose sobre todo en la ampliación de su ámbito de aplicación (incluyendo grandes empresas⁴⁸, Pymes⁴⁹, empresas de seguros y entidades de crédito⁵⁰, así como filiales o sucursales establecidas en España con empresas matrices fuera de la Unión Europea; con la elaboración de un informe en formato electrónico (favoreciendo la digitalización de los datos a nivel europeo para una mayor eficiencia y accesibilidad); y, regulando las condiciones

47. La Directiva 2014/95/UE, 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: introdujo la obligación para las grandes empresas y grupos de presentar información en el estado de la información no financiera (EINF) sobre cuestiones medioambientales, sociales, relacionadas con el personal, derechos humanos, y medidas contra la corrupción y el soborno. En nuestro ordenamiento jurídico, esta directiva fue transpuesta mediante la Ley 11/2018, que modificó el Código de Comercio, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas. No limitándose esta nueva última Ley a la mera transposición de la Directiva en términos mínimos; al contrario, amplió su alcance y reguló con mayor detalle el contenido del estado de información no financiera, incluyendo la obligatoriedad de verificación por un prestador independiente de servicios de verificación.

48. Teniendo la consideración de “empresa” o “grupos grandes” (a efectos de la nueva Directiva de Sostenibilidad), aquéllas que, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, cumplan, al menos, dos de los tres criterios siguientes (según la nueva Directiva Delegada (UE) 2023/2775 de la Comisión, de 17 de octubre de 2023 de umbrales: primero, que el total de las partidas del activo supere los 25.000.000 de euros; segundo, que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 50.000.000 de euros; y tercero, que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250.

49. Incluyendo todas aquellas pequeñas y medianas empresas que hubieran emitido valores admitidos a cotización en mercados secundarios regulados de la Unión Europea (a excepción de las microempresas). Entendiendo por microempresas, de acuerdo con los nuevos parámetros de la Directiva de umbrales, aquellas empresas que cumplan, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos igualmente- al menos dos de las siguientes circunstancias: primera, que el total de las partidas del activo no sea superior a 475.000 euros; segundo, que el importe neto de la cifra anual de negocios no supere los 900.000 euros; y tercero, que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 10.

50. Para este tipo de empresas la norma específica que, con independencia de su forma jurídica, si este tipo de entidades entran dentro de los umbrales de aplicación de la norma tendrán obligación la obligación de presentar el informe de sostenibilidad. También la norma, hace referencia a las entidades de crédito pequeñas y no complejas, empresas de seguros y reaseguros cautivas, estableciendo para ellas que, podrán presentar el informe de sostenibilidad abreviado y aplicar la norma de información de sostenibilidad para PYMES.

de verificación de la información (promoviendo una mayor confianza en la calidad de los informes)⁵¹.

La regulación detallada del contenido del “informe de sostenibilidad” se encuentra en los arts. 19 *bis* y 29 *bis* de la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad (llamada por sus siglas, CRSD), junto con los *Estandares Europeos de Información y Sostenibilidad* (ESRS) elaborados por el *European Financial Report Advisory Group* (EFRAG) que fueron adoptados por la Comisión Europea el 31 de julio de 2023, para uso de todas las empresas sujetas a la Directiva sobre Informes de Sostenibilidad Corporativa; desempeñan un papel crucial para establecer estándares claros. El informe de sostenibilidad debe incluirse en el informe de gestión de la empresa, proporcionando la información necesaria para comprender el impacto de la empresa en las cuestiones de sostenibilidad, así como la información necesaria para comprender cómo afectan las cuestiones de sostenibilidad a la evolución, los resultados y la situación de la empresa. Respecto al contenido del informe de sostenibilidad, la Directiva de sostenibilidad define el contenido del nuevo informe de sostenibilidad, el cual contendrá: un “modelo de negocio y estrategia”, presentando planes financieros e inversiones para asegurar la compatibilidad con la transición hacia una economía sostenible; los que serán “objetivos sobre sostenibilidad”, que contendrán las metas con horizontes temporales y con especial hincapié a los objetivos absolutos de reducción de emisiones para 2030 y 2050; en lo referido a los “órganos de administración”, se tendrá que presentar una descripción detallada de las funciones de los órganos de administración en cuestiones de sostenibilidad, incluyendo sus conocimientos especializados y aptitudes en relación con estas funciones, proporcionando toda la información relativa al sistema de incentivos ligado a cuestiones de sostenibilidad y que se pudiera ofrecer a los miembros de estos órganos; las denominadas “políticas sobre sostenibilidad”, detallando de manera específica las políticas del grupo en relación con las cuestiones de sostenibilidad, abarcando aspectos como la exposición a actividades relacionadas con carbón, petróleo y gas; de igual forma contendrá el “procedimiento de diligencia debida”, aplicado por el grupo en relación con las cuestiones de sostenibilidad, incluyendo el proceso seguido y cualquier medida adoptada para

51. *Vid.* El tratamiento que realiza sobre los informes de sostenibilidad, M.E. Alonso-Muñumer, *Los informes de sostenibilidad en el marco de la transición hacia una economía sostenible*, en *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros: libro homenaje al profesor Adolfo Sequeira Martín*, 2022, pp. 451-470.

prevenir, mitigar, subsanar o poner fin a los impactos negativos reales o potenciales; los “principales riesgos y dependencias”, así como las posibles oportunidades, incluyendo información sobre las principales dependencias del grupo en relación con estas cuestiones; y por último, los “indicadores”, que reflejen los impactos que realice la entidad.

Con el fin de garantizar la calidad de todas estas normas que contribuyen al interés público europeo y responde a las necesidades de las empresas y de los usuarios de la información presentada, el EFRAG⁵² fue designado por la Comisión como la entidad encargada de elaborar todas estas normas europeas de información sobre sostenibilidad (NEIS). La intención de la Comisión era crear una serie de paquetes de normas que engloba cuatro áreas principalmente: “NEIS generales, aplicables a todas las entidades obligadas a presentar informes, independientemente de la naturaleza de su actividad” (transversales, ambientales, sociales y de gobernanza); “NEIS sectoriales, aplicables a entidades obligadas a presentar informes pertenecientes a un sector específico” (con cuatro estándares sectoriales: minería, canteras y minería del carbón; petróleo y gas; transporte por carretera; y, agricultura, Ganadería y Pesca); “NEIS específica para PYMES cotizadas” (con un bloque general en el que se señalan los requisitos generales, la información general y las políticas; y, un bloque métrico específico con sus secciones de medio ambiente, sociales y de conducta en los negocios); y, “NEIS voluntaria para PYMES no cotizadas” (estructurada en tres módulos: uno básico, otro de información cualitativa sobre políticas, acciones y metas (PAT) y un último módulo de socios comerciales). En el mismo sentido, la Directiva prevé la posibilidad de que las pequeñas y medianas empresas cuyos valores no estén admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión también opten por reportar información sobre sostenibilidad bajo una norma de adopción voluntaria.

Respecto a los plazos de aplicación de la Directiva, se prevén varios tramos en función del inicio del ejercicio: así, están obligadas las grandes empresas cotizadas y las entidades dominantes de grupos cotizados que inicien su ejercicio en enero del 2024 y, que superen, en ambos

52. EFRAG, la *European Financial Report Advisory Group*, es una asociación sin ánimo de lucro constituida con arreglo al Derecho Belga que sirve al interés público al asesorar a la Comisión sobre la adopción de las normas internacionales de presentación de información financiera. Dentro del área de sostenibilidad, el EFRAG proporciona asesoramiento técnico a la Comisión Europea en la elaboración de los borradores de las normas de elaboración de informes de sostenibilidad (NEIS), desarrollando material de apoyo a la implementación normativa (como guías y lista de *Data Points*) y actuando como órgano consultivo sobre preguntas técnicas da aplicación de los estándares.

casos, el número medio de 500 empleados durante el ejercicio; en el mismo sentido, las grandes empresas y entidades dominantes de grupos grandes no incluidos en el apartado anterior, que inicien el ejercicio en enero de 2025; y, por último, para las PYMES cotizadas en un mercado regulado de la Unión Europea que inicien el ejercicio en enero de 2026, y que no sean microempresas (las que podrán optar por no aplicar las normas hasta 1 de enero de 2028).

Sin duda, las nuevas funciones atribuidas por la Directiva a los órganos de administración, dirección y supervisión de las empresas van a suponer una nueva forma de definir el alcance de la gestión, ya que los administradores deberán gestionar la empresa teniendo en cuenta su incidencia medioambiental. No debemos olvidar que el objetivo principal de esta reforma es del de reducir la intensidad o emisiones absolutas de CEI en el menos un 7% anual de media, y que el legislador comunitario pretende que los objetivos relacionados con el clima dejen de ser intereses extra societarios para convertirse en intereses societarios, lo que sin duda implica la necesidad de proceder a una revisión actualizada del concepto de interés social a la luz de los nuevos presupuestos de sostenibilidad. Y ello conecta a su vez con la responsabilidad fiduciaria de los administradores, al recibir éstos competencias más allá de las definidas en los marcos de buen gobierno corporativo tradicionales.

4.2. La sostenibilidad entre los deberes de los administradores: especial referencia al equilibrio de género en los puestos de administración

Al igual que la sostenibilidad es un deber esencial de los órganos de administración que debe ser abordada de manera proactiva y estratégica para garantizar el éxito a largo plazo de la empresa (y su contribución positiva a la sociedad y al medio ambiente) y está contemplada en múltiples normas; la responsabilidad como límite en la actuación de los administradores se recogió fundamentalmente en la reforma de 2014 de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, en particular el art. 217.⁴⁵³, donde se compromete la racionalidad de

53. La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables. A propósito

la proporción entre, retribución y la importancia de la sociedad, la vinculación entre situación económica y retribución⁵⁴, o la concreta retribución y los estándares del mercado para empresas comparables⁵⁵. Y de la misma forma que los Consejos de administración ya no pueden eludir la responsabilidad de la transformación digital de la empresa⁵⁶; las políticas referidas a la sostenibilidad son deberes –y obligaciones– de los órganos de administración de las empresas⁵⁷. En una sociedad donde los consumidores y usuarios valoran cada vez más las buenas prácticas y el compromiso social de las empresas, aquellas que invierten en un desarrollo sostenible tienen una ventaja competitiva frente al resto, al mejorar su imagen de marca o al incurrir en un menor coste de financiación al disponer de un mayor pool de fondos a su disposición, por ello, el papel del órgano de administración es elemental para que las empresas puedan realizar las transformaciones necesarias para dar respuesta a un panorama que es cada vez más exigente⁵⁸.

de la norma véanse los comentarios que realizaba con anterioridad, J.C. Paz-Ares Rodríguez, *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 20, 2003, pp. 98 y ss.

54. Vid. C. Paz-Ares, *La anomalía de la retribución externa de los administradores*, *InDret*, N° 1, 2014, pp. 1-53.

55. Vid. J.I. Peinado Gracia, *La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores*, en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 311, 2019; y más recientemente por A. Pérez Troya, *El principio europeo de sostenibilidad. Su proyección sobre los deberes de los administradores de las sociedades mercantiles*, en *Gobierno Corporativo: digitalización y sostenibilidad* (Coord. por B.S. Jiménez Gómez y Dirs. por M. Fuentes Naharro y M^a.T. Martínez Martínez), 2024, pp. 297-310; I. Sanchez Calero, *La modificación del deber de diligencia*, en la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n° 16, 2021, pp. 231-278.

56. Actualmente, no existe una regulación global para la IA, sin embargo, hay países como la Unión Europea, los Estados Unidos, China y Canadá, que han trabajado en lineamientos y directrices para el buen manejo de dicha tecnología. La incorporación de tecnología en la empresa no debe restringirse a lo operativo, el órgano mismo también debe digitalizarse. Y en este sentido la inclusión de consejeros con conocimientos tecnológicos se nos antoja no necesaria sino en realidad actual (y venidera) obligada e imprescindible.

57. El interés social tiene una aplicación similar, *mutatis mutandis*, al caso de los administradores. El interés social es dotado de contenido mediante el acuerdo mayoritario de los socios. Sin embargo, cuando ni la ley (límite a la voluntad de los socios), ni los estatutos (pacto primigenio de éstos), ni los posteriores acuerdos de la junta señalan cuáles son las estrategias que la sociedad ha de seguir, aparece un área de discrecionalidad en su definición para los administradores (Vid. C. Paz-Ares, *La anomalía de la retribución externa de los administradores*, *InDret*, n° 1, 2014, pp. 23-30).

58. No se debe olvidar, además, que el art. 529 ter de la LSC, establece las facultades

En los últimos años, un número creciente de empresas de la Unión Europea ha adoptado medidas para la puesta en marcha de procesos de “diligencia debida”, inspirándose para ello, en muchas ocasiones, en las normas internacionales voluntarias existentes sobre conducta empresarial responsable. Con la finalidad de ampliar el alcance de la diligencia debida de las compañías, algunos Estados miembros de la Unión empezaron a desarrollar sus propios marcos jurídicos en este ámbito (Francia, Alemania y Noruega) y otros comenzaron a abordar el debate parlamentario al respecto (Austria, Bélgica, Finlandia, Luxemburgo y Países Bajos). Aunque todos estos marcos tratan de alinearse con las normas internacionales existentes, difieren entre sí en cuanto al alcance, los riesgos cubiertos, el nivel de detalle, la aplicación y la responsabilidad⁵⁹. Las normas internacionales vigentes sobre conducta empresarial responsable especifican que las empresas deben proteger los derechos humanos y establecen cómo deben abordar la protección del medio ambiente en todas sus operaciones y cadenas de valor y de igual modo, reconocen la responsabilidad de las empresas de ejercer la diligencia debida en materia de derechos humanos detectando, previniendo y mitigando los efectos adversos de sus operaciones sobre los derechos humanos y dando cuenta de cómo abordan dichos efectos⁶⁰.

Las empresas deben adoptar un enfoque proactivo para cumplir con estas obligaciones, no solo para evitar sanciones legales, sino también para contribuir a un desarrollo sostenible y responsable. La implementación efectiva de la diligencia debida no solo protege a las empresas de riesgos legales, sino que también promueve una cultura de responsabilidad y ética en los negocios. Habida cuenta que los instrumentos para perseguir dicha sostenibilidad pueden ser variados e incluso, una misma

indelegables del consejo de administración en las sociedades cotizadas, incluyendo entre ellas, *la aprobación de la política de responsabilidad social corporativa*.

59. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las normas de conducta empresarial responsable de la OCDE.

60. Vid. E. De Nadal, V. Manuel Sánchez, M. Yzquierdo Tolsada, *Los deberes de las empresas relativos a la prevención de los efectos del cambio climático en los derechos humanos (reflexiones preliminares a raíz de la sentencia de 26 de mayo 2021 del Tribunal Civil del Distrito de La Haya en el caso Shell)*, en la *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 63, 2021. Y en el mismo sentido, S. Marcos Naveira, *Finanzas sostenibles: la transición a un nuevo modelo de desarrollo*, en la *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, n° 126, 2019, pp. 6-8; M. Fanego Rodríguez, *Finanzas sostenibles: novedades regulatorias*, en la *Revista de derecho del mercado de valores*, n° 27, 2020, pp. 163-192; y en el sector de las sociedades cotizadas, C. Díaz Santos y M^a.M. Miralles Quirós, *¿Cómo comunican las empresas del IBEX 35 su compromiso con los objetivos de desarrollo sostenible?*, en la *Revista La Ley mercantil*, n° 99, 2023.

medida en teoría puede (o no) coadyuvar a la creación de valor a largo plazo, será más fácil un control a posteriori, como son las acciones de responsabilidad de los administradores⁶¹, que un control a priori como son las acciones de impugnación de acuerdos de los órganos sociales⁶². El concepto jurídico (en ocasiones, indeterminado) de sostenibilidad, entendido como creación de valor a largo plazo, nos abre a una hornada de fórmulas para valorar la creación de ese valor, fórmulas que operarán en dos ámbitos en nuestro Derecho de sociedades: una parte, en positivo, definen qué instrumentos debe utilizar o qué finalidades perseguir la gestión como diligente empresario de los administradores; y otra, en sentido negativo, no deberán integrarse las prácticas contradictorias o las finalidades diversas en el sistema de retribución de esos mismos administradores. En ambos casos se incorporarán a la diligencia de los administradores⁶³ y, por tanto, generan responsabilidad de las conductas desviadas, obviamente, a largo plazo se puede enjuiciar el resultado obtenido. Sin embargo, la norma o, mejor, el conjunto normativo, abre a fórmulas determinadas, referidas al conjunto normativo⁶⁴ pues en nuestro ordenamiento consideramos que hay una opción legislativa hacia la actuación de los grupos de interés como fórmula inexcusable (no necesariamente única) de perseguir tal sostenibilidad, sin que exista de forma expresa tal mandato. Y si bien es verdad que el Derecho de sociedades está evolucionando para adaptarse a las crecientes exigencias de sostenibilidad impulsadas desde la UE, la incorporación de criterios de sostenibilidad en la toma de decisiones corporativas, la transparencia en la divulgación de información no financiera, la perspectiva del socio y de los trabajadores de la empresa, así como los límites a la actuación de los administradores⁶⁵, son solo algunas de las transformaciones

61. *Vid. Informe Guidance on Directors duties section 172 and stakeholder considerations*, 2018, p. 3.

62. *Vid. C. Paz-Ares, La anomalía...*, cit.

63. Para el caso inglés, *vid. Explanatory Notes on the Companies Act 2006*, Department of Trade and Industry (DTI), pp. 209-214.

64. En el mismo sentido que señala el Prof. J.I. Peinado Gracia, *La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores...*, cit.

65. La Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas ha reformado el deber de diligencia para añadir al final del art. 225.1 LSC que los administradores *deberán subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa*. Según recoge la exposición de motivos de la norma, este añadido al deber de diligencia *busca situarlo en consonancia con las exigencias del buen gobierno corporativo*.

que se están produciendo y que reflejan el reconocimiento de que las empresas deben asumir un papel activo en la construcción de un futuro más sostenible y responsable⁶⁶. Poniendo de manifiesto que ya no solo las medidas para el Derecho societario español se ciñen en exclusiva en la individualidad y compromiso de las empresas, si no como se ha de tratar en todos los ámbitos del Derecho, la colectividad, ha de ser igualmente un acicate para que incluso las sociedades mercantiles que son competidoras entre sí, colaboren con sus propios competidores⁶⁷.

Como se sabe, la nueva Directiva⁶⁸, se aplicará a las empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembros y que cumplan algunas de las siguientes condiciones: tener una media de más de 1.000 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 450.000.000 EUR en el último ejercicio respecto del que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales; y en defecto de lo anterior, ser la empresa matriz última de un grupo que haya alcanzado dichos umbrales en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales consolidados⁶⁹.

66. Sin olvidar la finalidad clásica de la empresa de maximizar el valor para sus accionistas, traducción moderna del ánimo de lucro, causa del contrato de sociedad (Vid. L. Hernando Cebriá, *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*, en *Revista de derecho bancario y bursátil*, año 33, n° 133, 2014, pp. 86-87).

67. Y en este sentido, existen nuevos reglamentos y nuevas Directrices relativas a los “acuerdos de cooperación horizontal”, que introducen, como principal novedad, un capítulo específico destinado a la evaluación de la compatibilidad con las normas de competencia de los acuerdos entre competidores para promover objetivos de sostenibilidad. Así, por ejemplo, quedarían cubiertos por las Directrices los acuerdos entre competidores que tengan como objetivo reducir el impacto climático de los procesos de producción o la adopción de una tecnología menos contaminante, limitar la explotación de los recursos naturales o incluso la defensa de los derechos humanos y sociolaborales en la cadena de producción o el bienestar animal.

68. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (Vid. los comentarios que sobre la misma realiza, A.J. Recalde Castells, *La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (notas a la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida -due diligence- en materia de sostenibilidad)*, en *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal: libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González* (Coord. M.J. Peñas Moyano), 2023, pp. 691-708.

69. También para empresas que celebren “contratos de franquicia” o “licencia”

En el mismo sentido, para lograr una mayor equidad y justicia en el ámbito empresarial⁷⁰, se hace necesario la implementación de políticas efectivas y la promoción de una cultura inclusiva, las empresas pueden no solo cumplir con sus responsabilidades sociales, sino también beneficiarse de las ventajas que ofrece la diversidad en la toma de decisiones. La igualdad de género en el liderazgo no es solo una cuestión de derechos, sino una estrategia inteligente para el éxito empresarial a largo plazo. Consecuencia de ello, el 17 de octubre de 2022, el Consejo de Europa adoptó el texto definitivo de la *Directiva sobre el equilibrio de género en los consejos de administración*⁷¹. La UE reconoce que una mayor participación de las mujeres en el mercado de trabajo es esencial para impulsar el crecimiento económico en Europa; mejorar la competitividad de las empresas europeas; y hacer frente a los desafíos demográficos en Europa. Con la nueva legislación, las empresas cotizadas tendrán que procurar que, de aquí a 2026, las personas del sexo infrarrepresentado ocupen al menos el 40% de los puestos de administrador no ejecutivo. De este modo, los Estados miembros pueden optar por aplicar las normas a los puestos de administrador tanto ejecutivo como no ejecutivo, fijándose en estos países como objetivo que las personas del sexo infrarrepresentado ocupen al menos el 33% de todos los puestos de administrador. Asimismo, las empresas cotizadas que no alcancen estos objetivos tendrán que adaptar su proceso de selección para el nombramiento de los miembros del consejo de administración, estableciendo procedimientos de selección y nombramiento que sean justos y transparentes y que se basen en una evaluación comparativa

siempre que tales acuerdos supongan una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes y, que los correspondientes cánones hayan ascendido para empresas constituidas en un Estado miembro: a más de 22.500.000 EUR en dos ejercicios consecutivos; y, para empresas constituidas en un tercer estado, a más de 22.500.000 EUR en la Unión Europea en el ejercicio anterior al último ejercicio financiero.

70. Vid. A. Martínez-Echevarría, *El fomento del equilibrio en el gobierno corporativo y la promoción de la sostenibilidad por medio de él*, en A. Martínez-Echevarría A. (Dir.), *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Aranzadi 2019, pp. 25-35. Con anterioridad, A.B. Campuzano Laguillo, *La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles*, en J. Mercader Uguina (Coord.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant Lo Blanch 2007, pp. 440-452.

71. Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas.

de los diferentes candidatos a partir de criterios claros, formulados de forma neutral⁷².

Con arreglo a la nueva Directiva, se establece un nivel mínimo de armonización de los requisitos de gobernanza de las empresas, en la medida en que las decisiones de nombramiento tendrán que basarse en criterios objetivos. De igual forma se prevén una serie de salvaguardias que garantizan que no haya una promoción incondicional y automática del género infrarrepresentado, dándose preferencia a los/as candidatos/as igualmente cualificados del género infrarrepresentado, a menos que una evaluación objetiva incline la balanza a favor de un candidato del otro sexo. Los Estados miembros que ya tengan en vigor un sistema de este tipo pueden mantenerlo, siempre que sea al menos tan eficaz como el sistema propuesto para alcanzar el objetivo de que el 40% de los administradores no ejecutivos pertenezcan al género infrarrepresentado de aquí a 2026, siendo libres de tomar las medidas más ambiciosas que las del propio sistema propuesto. Con una asiduidad de una vez al año al menos, las empresas deberían facilitar información sobre la representación en sus consejos de administración y las medidas que se estén adoptando para alcanzar el objetivo del 33% o del 40%, publicando –también– anualmente, una lista de las empresas que han alcanzado los objetivos de la Directiva⁷³.

En España, la *Recomendación* 15 del Código de Buen Gobierno de la Sociedades Cotizadas establece actualmente que el número de consejeras suponga, al menos, el 40% de los miembros del consejo de administración antes de que finalice 2022. Sin embargo, este objetivo puede incumplirse si la compañía explica las razones en su informe de gobierno corporativo⁷⁴. Con la Directiva, sin embargo, la *recomendación* podría pasar a ser un imperativo legal y convertirse en una cuota si España así lo dispusiese en la transposición de la norma. Se establece que los criterios que se empleen deberán ser objetivos, se preverán unas salvaguardas a fin de evitar que se produzcan promociones incondicionales del género infrarrepresentado y se dará preferencia al candidato del género infrarrepresentado cuando haya igualdad entre

72. Los criterios fundamentales seguirán siendo la cualificación y el mérito. La Directiva entró en vigor a los 20 días de su publicación, deberá trasponerse a más tardar el 28 de diciembre de 2024, expirando el 31 de diciembre de 2038.

73. El Derecho aplicable será el del país en el que esté situado el domicilio social de la empresa cotizada.

74. Principio de “comply or explain”, mecanismo de autorregulación por el que las sociedades pueden cumplir con la recomendación más por reputación que por obligación.

los candidatos de diferente género, a menos que una evaluación objetiva incline la balanza a favor del otro sexo⁷⁵. Y para el caso que el candidato del género infrarrepresentado acredite la presunción de que estaba tan cualificado como el otro candidato, la empresa estará obligada a demostrar la corrección de la elección (es decir, la norma invierte la carga de la prueba)⁷⁶.

La aprobación de la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de Representación Paritaria y Presencia Equilibrada de Mujeres y Hombres⁷⁷, armoniza en nuestro país la Directiva (UE) 2022/2381, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas. La Ley traspone en su *capítulo V* la citada Directiva (2022/2381)⁷⁸, como se desprende del contenido del mismo el legislador español va más lejos de la igualdad entre hombres y mujeres, pretende la no discriminación (mandato constitucional, al fin y al cabo) por razones también de edad, género, discapacidad o de formación y experiencia profesionales; que los

75. Según el informe *EY European Financial Services Boardroom Monitor*: “Los nombramientos de mujeres en las juntas directivas de las empresas de servicios financieros más grandes de Europa disminuyeron siete puntos porcentuales (si comparamos el año 2023 con el 2022). Así, el 44% de todos los nombramientos del año pasado fueron de mujeres, frente al 51% en 2022”. De igual modo y mucho más reciente (y preciso), según el informe de la CNMV de 16 de mayo de 2024, en el conjunto de las empresas cotizadas, la presencia de mujeres en los consejos creció hasta el 34,5%, frente al 31,87% de 2022, esto es, 42 de las 117 sociedades cotizadas llegaron al objetivo del 40%, lo que supone un 27% más que en 2022.

Para que las 75 empresas que aún no cumplen el objetivo llegaran al 40% bastaría con que designaran 64 nuevas consejeras. El porcentaje de mujeres que ocupa puestos en la alta dirección de las cotizadas subió al 23,07% en 2023, frente al 21,73% de 2022.

76. A pesar de todo lo anterior, queda reservado el derecho de los accionistas y la libertad de voto de las juntas generales, que podrían aceptar o no al candidato tras todo el proceso de selección realizado.

77. Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres (Publicada en el *BOE*, n. 186, 02.08.2024). Aunque hemos de recordar que nuestra la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ya incorporaba el principio de representación equilibrada; el siguiente paso en la recorrido político y legislativo en España se ha hecho esperar, como en Europa, toda vez que la materia regulada, el equilibrio de género y la representación paritaria en los órganos de poder de las grandes sociedades, ha necesitado de la aprobación de otras leyes que modificara seriamente el espacio laboral, económico y social de las mujeres en relación con los hombres.

78. Modificando parte del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

procesos selectivos no tengan sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna. Esta cuestión plantea algunos problemas si se tiene en cuenta el desempeño de las candidatas (o candidatos), la edad o discapacidad o no contar con la formación o experiencia profesional necesarias no parece que pueda desconocerse para poder ser seleccionada o elegida para el cargo en la alta dirección o en consejos de administración⁷⁹.

La Ley afecta al igual que en el Derecho proyectado, a las cotizadas y a las entidades consideradas de interés público conforme a la Ley de Auditoría de Cuentas, a partir del ejercicio siguiente al que concurran los siguientes requisitos: a) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250, y b) que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 50 millones de euros o el total de las partidas de activo sea superior a 43 millones de euros⁸⁰. El incumplimiento por parte de las sociedades cotizadas se considerará infracción grave (art. 292 de la LMVSI), que puede dar lugar a la imposición de sanciones e incluso a la suspensión de la cotización en bolsa y amonestación pública. Ítem más, las multas pueden alcanzar el mayor de los siguientes importes: el triple del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; el 2% de los recursos propios de la entidad; y el 2% del total de los fondos, propios o ajenos, empleados en la infracción, o de 300 000 euros. Además, en consonancia con la Directiva, la Ley establece que los consejos de administración de las sociedades incluidas dentro de su ámbito de aplicación habrán de lograr una composición acorde con el principio de paridad, de modo que el número de mujeres no podrá ser inferior al 40% del total de miembros del consejo cuando se produzca una vacante anticipada en el consejo de la sociedad, y para el caso que pudiera verse afectada dicha paridad, deberá restituirse con carácter provisional a través del nombramiento por cooptación y, de forma definitiva, en la primera junta que se celebre. Por otra parte, en el “informe de sostenibilidad” habrá de quedar constancia de la política de la sociedad a este respecto, donde debe explicar las acciones que para lograr la paridad y el equilibrio entre los géneros lleva a cabo (art. 529.bis, 9). Así mismo, debe publicarlo en su página *web* y remitida esta información a la CNMV (art. 99 LMVSI), quien

79. El incumplimiento de determinados requisitos esenciales para un cargo, función, desempeño o responsabilidad no es discriminatorio, sino inherente al mismo.

80. En caso de incumplimiento de la obligación, deberá explicarse los motivos y medidas adoptadas, conforme al principio “*comply or explain*”.

publicará anualmente un listado de las cotizadas que, según su informe de sostenibilidad, hayan logrado alcanzar los objetivos del art. 529 bis, 3⁸¹. Los administradores ejecutivos y no ejecutivos, deben informar acerca de si se alcanzado o no los objetivos de equilibrio y paridad del mencionado art. y, en caso de incumplimiento –si fuera el caso–, deberán consignarlo y explicar sus motivos, señalando las medidas adoptadas para corregirlo⁸².

En definitiva, la diversidad de género en la toma de decisiones ha demostrado ser un factor clave para mejorar el desempeño organizacional y la eficacia de las empresas en todo el mundo. La igualdad de oportunidades y representación entre hombres y mujeres no solo es un Derecho humano, sino que también es una medida esencial para alcanzar un desarrollo sostenible y una sociedad más próspera en la que todos puedan participar plenamente y alcanzar su máximo potencial. Por tanto, las bases económicas y sociales siguen siendo un reto para las sociedades que quieran comprometerse con la igualdad de oportunidades, el mérito y la capacidad⁸³, es palmario que a las compañías les interesa contar con los mejores consejeros/as que generen valor a estas y a sus accionistas (o inversores), y desde luego, contar con diversos puntos de vista, formación y experiencia en la gestión de una corporación son probablemente el mejor modo de lograrlo⁸⁴.

81. *Las sociedades cotizadas deberán asegurar que el consejo de administración tenga una composición que asegure la presencia, como mínimo, de un cuarenta por ciento de personas del sexo menos representado. El número total de consejeros que se considerará mínimo necesario para alcanzar tal objetivo deberá ser el porcentaje más cercano al cuarenta por ciento, sin que pueda superar en ningún caso el porcentaje del cuarenta y nueve por ciento de miembros del consejo de administración.*

82. Por otra parte, se introducen modificaciones en las medidas laborales aplicables para la protección de las víctimas de violencia sexual (como, por ejemplo, reducción de jornada, reordenación del tiempo de trabajo y trabajo a distancia, movilidad geográfica, nulidad del despido, derechos a la extinción del contrato de trabajo y la suspensión por decisión de la persona trabajadora), equiparándolas a las de las víctimas de violencia de género, y en materia de conciliación de la vida familiar y laboral de la relación laboral especial de los deportistas profesionales

83. Como señala en su análisis de esta reciente Ley, M.C. Escribano Gámir, *El acceso de las mujeres a los consejos de administración de las sociedades mercantiles*, Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de Representación Paritaria y Presencia Equilibrada de Mujeres y Hombres, en *IgualdadES*, 2024.

84. Ya lo señaló el llamado Código *Conthe* de buen gobierno corporativo en su articulado (*diversidad de género*).

5. Reflexiones finales

Los cambios experimentados en la estructura de las grandes sociedades durante el siglo pasado, sumado a su creciente capacidad de influencia en el día a día de los ciudadanos, han propiciado el debate sobre cuál es el fin de las sociedades de capital y el rol que desempeña en el ámbito de la sostenibilidad. Tras un periodo de reforma centrado en la mejora del gobierno corporativo, las últimas propuestas han puesto sobre la mesa la cuestión de la sostenibilidad en el desarrollo de la actividad económica, resaltando la necesidad de tener en cuenta otros intereses aparte de los de los accionistas (o inversores)⁸⁵. Planteamientos que hacen renacer la pregunta por el interés social y por cuáles son los intereses que los administradores han de tutelar en el desempeño del cargo. El gobierno corporativo es la base de funcionamiento de los mercados y favorece el crecimiento económico y empresarial, la inversión y la buena reputación de las empresas, haciendo de las empresas un negocio más atractivo y más competitivas. Las propuestas de reforma para la mejora del gobierno corporativo o, como ahora acontece, para alcanzar una economía sostenible en el largo plazo, son el resultado de la advertencia de conflictos y externalidades que requieren atención por parte del ordenamiento jurídico. Además, en el buen gobierno corporativo se integra la sostenibilidad, entendida como las reglas que deben gestionar los recursos para satisfacer las necesidades actuales, sin poner en riesgo las necesidades del futuro, y ello implica al desarrollo social, económico y el cuidado del medioambiente en el marco de la gobernabilidad.

Con la presente contribución se ha intentado poner de relieve, aun de manera sumamente sintética, los principales elementos normativos de que dispone el Derecho español para la ordenación de la sostenibilidad (antes, responsabilidad social corporativa). Se ha descrito la perspectiva del Derecho firme, circunscrita, como ha quedado expuesto, al tratamiento de la información no financiera, si bien con una orientación de política jurídica no del todo clara y se ha analizado los nuevos retos de la diligencia debida que las empresas han de cumplir en materia de sostenibilidad, explorando los desafíos que plantea el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza en la Unión Europea (UE), a través de las posibilidades jurídicas y de los retos sistémicos existentes que subyacen en el venidero cambio de paradigma que necesariamente

85. Vid. nota a pie de pág. n° 53 de esta misma contribución.

debe producirse para revertir la visión antropocéntrica que tienen las sociedades mercantiles con respecto a la Naturaleza (al medio ambiente).

El Derecho de sociedades, por su naturaleza, no es que sea la sede por excelencia para abordar fines de interés público⁸⁶, como la protección del medio ambiente, los Derechos humanos..., lo que compartimos es que dichas cuestiones, pueden y deben ser atendidas en el ámbito de una nueva normativa de la que son exponentes las Directivas en materia de sostenibilidad que hemos analizado a lo largo de nuestras reflexiones. Y sin perjuicio de ello, lo que cabe plantearse es si es posible avanzar en la forma de entender la cláusula del interés social de modo que determinados grupos de interés presentes en la actividad empresarial deben ser tenidas en cuenta equilibradamente con el interés de los accionistas inversores⁸⁷.

En lo relativo a la consideración de los administradores de las sociedades mercantiles de intereses ligados a las sostenibilidad social o medioambiental, cabría que la políticas de sostenibilidad en la que, en función de la realidad de cada empresa, se determinarán los objetivos, inversiones, métricas de seguimiento... debiera ser sometida por el consejo a la aprobación de la junta, de modo que vincule tanto a los administradores como a los accionistas, insertándose así en la gestión social intereses distintos, pero con la aprobación de los accionistas; previéndose asimismo la elaboración y presentación por parte del consejo a la junta, de un informe anual específico sobre la implementación de la política revisándose el alcance y los efectos en este sentido de los informes de sostenibilidad que elaboran y presentan al mercado las empresas (quedando así superado el carácter meramente informativos de los mismos).

La senda que ha de recorrer el Derecho de sociedades en el futuro ya no estará dirigida a introducir meros cambios en las relaciones entre accionistas (inversores) y administradores, como ocurría con los enfoques de gobierno corporativo, o respecto del resto de stakeholders⁸⁸,

86. Como señala A. Recalde Castells, *La inclusión de objetivos públicos en la gestión de la sociedad de capital*, en *Libro Homenaje al Profesor Ricardo Alonso Soto*, 2022, pp. 419-473.

87. Vid. A. Alonso Ureba, *Derecho de sociedades y función económica de la empresa*, en *Derecho de Sociedades y Sostenibilidad* (Dir. por M^a.C. Chamorro Domínguez y A.J. Viera Gonzalez), La Ley, 2023, pp. 75-87; L.M. Jiménez Herrero y E. Pérez Lagüela, *Economía circular-espiral transición hacia un metabolismo económico cerrado*, Asociación para la Sostenibilidad y el Progreso de las Sociedades, 1^a ed., Editorial del Economista 2020; M^a.C. Chamorro Domínguez, *La influencia de los socios en la consecución de la sostenibilidad corporativa*, *La Ley mercantil*, n^o 97, 2022.

88. Vid. L.A. Bebchuck y Tallarita, *The illusory promise of stakeholder governance*, in *Cornell Law Review*, n^o 106, 2020, pp. 91-178; R.E. Freeman, *Stakeholder Theory of the*

como acaeció con la relativa juridificación de la responsabilidad social corporativa⁸⁹. El Derecho de sociedades ha de jugar un papel conformador del sistema socio económico, en donde la sostenibilidad requiere de toda esta base normativa –siquiera mínima– que aporte certeza, seguridad jurídica y que compatibilice autonomía, propiedad y libre iniciativa, con la significación institucional de la gran empresa como algo no extra societario sino intrasocietario. Existen números y evidencias (además de estudio doctrinales) que demuestran que para alcanzar las metas de sostenibilidad se requieren la implicación de las empresas en tanto actores del mercado, siendo necesario contar con normativa que apoye y promueva la conducta sostenible de las sociedades. Ello no significa trasladar a la empresa cargas propias del Estado, sino aceptar la responsabilidad que cada actor debe asumir respecto de sus propias conductas, considerando que es necesario un esfuerzo común para lograr alcanzar las metas de sostenibilidad que nos afectan a todos como sociedad y como planeta. Y en lo que referido al rol que desempeña el Derecho societario con respecto al medio ambiente y la sostenibilidad, precisamente no significa dejar de crear valor para los socios, sino hacerlo de modo sostenible, esto es incorporando la sostenibilidad en las estrategias y en las operaciones, contribuyendo a su vez a reducir el daño al medio ambiente y al clima⁹⁰. Con este fin, el principal foco de las propuestas de sostenibilidad en el Derecho de sociedades habrán de recaer sobre el órgano de administración, en tanto que es el órgano gestor y supervisor que debe jugar un papel crucial en la consecución de los objetivos sostenibles. La creación de valor sostenible para las empresas requerirá que éstas se reconozcan como actores claves, pero, además, que asuman responsabilidades con los objetivos de alcanzar la transición hacia la sostenibilidad, tanto por su propio interés como por el hecho de cumplir con su papel social, el que las empresas sean socialmente responsables es algo más que una mera ventaja, se trata de una exigencia con el propósito de caracterizar la proyección social de la empresa. Por tanto, ser sociedad sustentable no es solo cuidar el medioambiente, sino ser socialmente justa y responsable con el medioambiente (y por lo tanto también, económicamente viable).

Modern Corporation, (Ed. by W.M. Hoffman, R.E. Frederick y M.S. Schwartz), *Business Ethics: Readings and Cases in Corporate Morality*, McGraw Hill 2014, pp. 184-191.

89. Vid. A. Calatayud Villalón, *Sostenibilidad empresarial e interés social: hacia una nueva forma de entender la sociedad anónima*, Universidad de Alcalá, 2021.

90. Vid. L. Hernando Cebriá, *El diseño estatutario de las sociedades en protección del medioambiente: el gobierno corporativo ante el cambio climático*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 71, 2024.

AZIONE COLLETTIVA IN DIFESA DELL'AMBIENTE E LEGITTIMAZIONE DELLE ASSOCIAZIONI

Eugenio Llamas Pombo

1. Danni collettivi, danni diffusi e azioni collettive

L'avvento del XXI secolo ha coinciso con l'introduzione nel diritto spagnolo di una delle novità più evocate negli ultimi trenta anni, la quale, anche se non è strumento esclusivo del diritto dei consumatori, trova in esso la sua più chiara ed efficace espressione: il riferimento è all'entrata in funzione delle c.dd. azioni collettive.

Infatti, prima, la legge 13 aprile 1998, n. 7 (*Ley de Condiciones Generales de la Contratación* – LCGC), e, successivamente, la legge n. 1 del 2000 (*Ley de Enjuiciamiento Civil* – LEC) hanno determinato la consacrazione nel nostro ordinamento giuridico di una figura simile (presto vedremo in quale modo) alle *class actions* tipiche del diritto degli USA, che con molto senso pratico e scarso rigore terminologico, sono state definite, in lingua spagnola, come *acciones de clase*.

In generale le azioni collettive sono quelle che si esercitano per difendere non gli interessi “particolari” di un individuo, ma i c.dd. “interessi diffusi” e gli “interessi collettivi”, i quali sono le due categorie che generalmente integrano la figura degli interessi “superindividuali”, rispetto ai quali ragioni giuridiche ed economiche rendono impraticabile l'esercizio di un'azione individuale. Essi presentano un nesso di unione che la dottrina nordamericana denomina *commonality*, ossia una “identità dei presupposti” (*there are questions of law or fact common to the class*); in altri termini, ricorrono questioni di diritto o di fatto comuni ai membri di una *class*, che risultano essere più rilevanti rispetto alle circostanze particolari, che sono invece singolarmente riferibili a ciascuno di essi.

Ciò giustifica il fatto che talune nostre normative – e specialmente la LEC con le peculiarità che vedremo – si limitano ad utilizzare l'espressione generica “interessi generali” in contrapposizione a quella di “interessi particolari”. La stessa *Exposicion de Motivos* del nostro codice di procedura civile (LEC) descrive come “una realtà” la tutela di “interessi giuridici collettivi, sottesi al processo, non già per colui che si è visto direttamente danneggiato e per la sua individuale protezione, né per i gruppi interessati, ma per le persone giuridiche costituite ed abilitate alla difesa di quegli stessi interessi”.

Dal punto di vista dottrinale è stata sempre confusa la distinzione tra una o l'altra specie di interessi superindividuali, gli interessi collettivi e gli interessi diffusi. Se ci riferiamo alla loro nozione legale, la LEC, all'art. 11 rubricato “Legittimazione per la difesa di diritti ed interessi dei consumatori e utenti”, distingue perfettamente le due categorie utilizzando un criterio, ragionevolmente pratico, per riferimento all'estensione e la determinazione del gruppo dei soggetti tutelati. Così, si considerano interessi collettivi quelli del gruppo di pregiudicati da un fatto dannoso, i cui componenti risultino perfettamente determinati o che siano facilmente determinabili (art. 11, comma 2, LEC); mentre gli interessi diffusi si identificano con quelli propri di una pluralità, indeterminata o di difficile determinazione, di soggetti danneggiati (art. 11, comma 3, LEC).

In altri termini, alla luce della vigente legislazione, reputo che si debbano distinguere due classi di interessi superindividuali in funzione di un criterio (la determinabilità dei membri del gruppo), che non rappresenta nemmeno la conseguenza esterna ed apparente di una distinzione puramente concettuale. Nel caso di interessi *colectivos*, la determinazione o facile determinabilità dei membri del gruppo deriva precisamente dalla qualità degli interessi “individuali omogenei”, che si trovano alla base dei diritti soggettivi individuali. Per questo, potrebbero perfettamente tutelarsi individualmente, ma nel contempo risultano riferibili ad una pluralità, più o meno numerosa, di persone che formano una entità collettiva. Al contrario, gli interessi *difusos* sono riferibili al soggetto, non come individuo ma come membro di una collettività più o meno ampia, coincidente con il limite della generalità dei cittadini, dando così luogo ad una pluralità di situazioni giuridiche analoghe. In questo caso non viene leso alcun diritto soggettivo individuale o particolare, ma sono danneggiati determinati beni comuni; per questo, si afferma che “l'interesse diffuso, come tale, non ha titolare, ma allo stesso tempo appartiene a tutti e a ciascuno dei membri del gruppo”. Questa è la

ragione per la quale, esternamente, i membri del gruppo risultano indeterminati o di difficile determinazione.

Secondo questa interpretazione, che considero sufficientemente avallata dal tenore letterale dell'art. 11 della LEC e dalla giurisprudenza, in contrasto con quanto ha osservato parte della dottrina, si può affermare che le azioni collettive sono azionabili tanto contro danni diffusi (o “propriamente collettivi”, in base alla formula adoperata da parte della dottrina), di difficile o impossibile individuazione; quanto contro quei danni che abbiamo denominato danni collettivi, che interessano una pluralità di soggetti, che sono facilmente individuabili. Di conseguenza, salvo quello che successivamente si dirà circa la legittimazione e la necessaria condizione di consumatore ed utente dei danneggiati, non c'è alcun ostacolo all'esercizio di questo tipo di azione collettiva nel caso di danno ambientale.

La ripercussione nel diritto dei danni del riconoscimento legale di questa figura delle azioni collettive risulta evidente e, come si dirà in séguito, rivoluzionaria. Se per *daño* intendiamo ogni lesione di un interesse degno di protezione giuridica, occorre concludere che la lesione dei c.dd. interessi collettivi e diffusi darà luogo, rispettivamente, a *daños colectivos* e *daños difusos* il cui indennizzo trova un'ideale sede nelle azioni collettive. Non è un caso che nel momento di introdurre la protezione di quelli che la LEC definisce “interessi generali dei consumatori ed utenti” (art. 11, comma 1, parte finale), la legge identifica i membri del gruppo o *class* in base alla loro condizione di “*perjudicados por un hecho dañoso*”, indipendentemente dal fatto che esista anche la condizione di consumatore o utente – problema al quale successivamente si farà riferimento –. Ciò che è veramente interessante in questa sede è notare l'intima connessione, prevista dal legislatore processuale, che esiste tra le azioni collettive ed il risarcimento dei danni e pregiudizi subiti in forma collettiva o diffusa.

Inoltre, questa natura riparatoria consiste, in realtà, nella essenza delle *class actions* nordamericane, nelle quali qualunque danneggiato da un *tort* o fatto illecito può esercitare l'azione collettiva sollecitando la condanna del convenuto, non solo a favore dello stesso attore, ma anche a beneficio di qualunque altra persona che risulti danneggiata dalla stessa condotta. È l'ipotesi dei grandi danni collettivi provocati: da un farmaco o prodotto sanitario difettoso (impianti di silicone, per esempio), da prodotti che danneggiano la salute (per esempio, la nota controversia contro le grandi compagnie di tabacco) e da altri prodotti difettosi (come le automobili, per ricordare lo storico caso della *Ford Pinto*).

L'evoluzione legislativa che, finalmente, si cristallizza nella *Ley de Enjuiciamiento Civil* n. 1 del 2000, è stata preceduta da una corrente giurisprudenziale ed il primo riconoscimento esplicito di una legittimazione *colectiva* (non strettamente *difusa*, come si afferma nella pronuncia in questione) a reclamare i danni si è avuto con la sentenza del Tribunale supremo relativa all'avvelenamento di massa per il consumo di olio desnaturalato ("caso dell'olio di colza"), ove, per consentire il ricorso di un'associazione di consumatori ed utenti, è stato espressamente riconosciuto il diritto a ricevere il risarcimento di ogni danneggiato che fosse identificato nel processo, al quale, tuttavia, né era intervenuto a titolo individuale, né risultava rappresentato.

2. L'azione collettiva come strumento giuridico *ad hoc*

Nelle ipotesi di danni collettivi o diffusi sono molteplici e di diversa natura gli ostacoli che rendono non percorribile l'esercizio di un'azione individuale.

In questo senso, è possibile menzionare impedimenti legati alla posizione che il soggetto riveste, che determinano un importante squilibrio tra il danneggiato e l'autore del danno, e che sono ricollegati a fattori di natura:

- 1) "Economica": alcune volte, l'enorme valore dei danni e la complessità delle cause alla loro origine rendono proibitivi i costi del processo per un solo individuo (basti pensare alle consulenze peritali, agli onorari professionali, ai viaggi, alla durata del processo, ecc.); altre volte, avviene il contrario, ossia lo scarso valore dei danni patiti da uno dei danneggiati, rende assolutamente antieconomico ogni reclamo individuale. Sono le c.dd. *small claims*, reclami di valore molto piccolo se si considerano individualmente e isolatamente, però molto numerose e per questo, una volta riunite, rivestono un'importanza economica rilevante. È rispetto a queste controversie, di valore individuale modesto, che diventa di milioni se considerate a livello di tutta la società, che solo le azioni collettive permettono di recuperare i costi.
- 2) "Culturali", dovuti ad una carente educazione ed informazione dei cittadini danneggiati, ovvero il pregiudizio verso il mondo giuridico e della giustizia.
- 3) "Psicologici o sociologici", che si traducono in timori legati al rischio di essere perdenti nella controversia, o in inconvenienti inerenti a

tutto il processo, inclusa la mancanza di fiducia nell'amministrazione della giustizia.

Si possono presentare anche ostacoli giuridici. Al riguardo non si può trascurare la base borghese, liberale e, pertanto, individualista che è a fondamento di tutta la nostra codificazione. Il diritto privato codificato è il diritto delle relazioni interindividuali, di un contraente di fronte ad un altro, dell'autore del danno di fronte alla vittima dello stesso. Nel nostro codice, figlio dell'Illuminismo e della concezione kantiana dell'uomo maggiore di età che si comporta come essere autonomo che pensa a stesso e che agisce come persona moralmente libera, mai si sarebbe potuta immaginare l'introduzione di azioni instaurate da un soggetto a beneficio di altri (numerati ed indeterminati) che nemmeno rappresenta, e, solo in via eccezionale nei casi di sostituzione processuale, si ammette che chi fa valere un determinato interesse possa esercitare un diritto soggettivo altrui, come succede nell'azione surrogatoria di cui all'art. 1111 del codice civile e nell'esercizio dell'azione dell'affittuario nei confronti del subaffittuario prevista dall'art. 1552 del codice civile. Nemmeno quel diritto codificato avrebbe potuto pensare a collettività, gruppi o interessi diffusi di persone indeterminate.

Il diritto civile attuale, a differenza di quello introdotto con la codificazione, non è più un ordinamento "puro" dei singoli, incentrato sugli interessi individuali, opposto al diritto pubblico. Al contrario, lo Stato sociale impone un diritto civile sensibile agli interessi generali e collettivi, la cui protezione deve rappresentare un principio attivo di ogni relazione giuridica. In proposito, nonostante nella dottrina, nel decennio a partire dal 1970, si iniziò a parlare di tali interessi diffusi o collettivi, e alcune leggi settoriali (alle quali faremo riferimento successivamente) contemplino un'anticipazione di certe azioni collettive, o qualcosa di simile a queste, è certo che è sempre mancato nel nostro ordinamento uno strumento processuale *ad hoc* che permettesse di dare ingresso a questo nuovo ed importante volto del diritto privato: il suo carattere sociale e collettivo.

La menzionata non praticabilità delle azioni individuali tradizionali rende necessaria l'introduzione di azioni giudiziali "straordinarie", che costituiscono uno strumento giuridico *ad hoc* di fronte ai danni collettivi e diffusi, tanto in ambito contrattuale quanto in quello extra-contrattuale, e che si caratterizzano per due elementi fondamentali: a) l'ampliamento della legittimazione attiva, attribuita a determinati enti, corporazioni o associazioni che "rappresentano" (non si tratta, in realtà,

di rappresentanza in senso tecnico-giuridico) tali interessi collettivi o diffusi e li difendono in giudizio; b) l'estensione degli effetti della cosa giudicata per ampliare l'efficacia della sentenza a tutti i soggetti e a tutte le situazioni che, in modo determinato o determinabile, rientrano nella categoria degli interessi oggetto del giudizio, senza che sia necessario, a tal fine, essere stati parte dello stesso processo.

Ciò posto, la *Supreme Court* degli USA ha evidenziato quali importanti vantaggi che offrono le *class actions* che si trovano all'origine delle azioni civili collettive: l'efficienza ed economia processuale; la protezione dei convenuti contro ricorsi inconsistenti; la protezione degli interessi degli assenti; l'accesso alla giustizia per i piccoli ricorrenti; il rafforzamento delle leggi ed un freno a pratiche illecite.

A ciò è stato aggiunto un importante duplice beneficio per l'amministrazione della giustizia: l'azione collettiva evita la non necessaria moltiplicazione dei processi, ed assicura soluzioni omogenee rispetto a situazioni concrete che lo sono, evitando soluzioni contraddittorie. Così, i vantaggi delle azioni collettive sono riassunti in questo modo:

- 1) economia processuale;
- 2) esclusione di soluzioni contraddittorie;
- 3) frammentazione e ottimizzazione dei costi di difesa;
- 4) accumulazione di piccoli ricorsi, il cui valore totale che giustifica il costo di una difesa, ha anche l'effetto di dissuadere le grandi imprese;
- 5) equa distribuzione dei risarcimenti (quando la somma dovuta dall'imprenditore non consente di soddisfare tutti i danneggiati).

3. Requisiti delle *class actions*

Nel diritto comparato è obbligato il riferimento alle *class actions* del diritto nordamericano, simili a quelle create dalle Corti *in equity* in Inghilterra, le quali costituiscono un chiaro precedente di tutta la dottrina delle azioni collettive, anche se la nostra regolamentazione contiene importanti differenze rispetto ad esse, che dipendono dalla diversità dei sistemi giuridici.

Attualmente le *class actions* sono regolate dalla *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938, modificata nel 1966, ove sono stati ridefiniti tali requisiti nei seguenti termini: 1) *Numerosity* (*The class is so numerous that joinder of all members is impracticable*): si tratta di un numero elevato di

membri della *class* che rende “*impracticable*”, ma non necessariamente impossibile, la loro partecipazione al processo. In realtà, non si tratta solo di una questione di numero dei membri della classe, ma occorre considerare altri aspetti rilevanti, come la loro dispersione geografica ovvero, anche, il costo economico che occorre teoricamente attribuire al membro “tipico” di quella; 2) *Commonality* (*There are questions of law or fact common to the class*), che si è soliti tradurre come “identità dei presupposti”. Si verificano delle ipotesi in cui ricorrono delle questioni di diritto o di fatto che sono comuni ai membri della *class*, che risultano più rilevanti delle singole circostanze riferibili a ciascuno di essi. Così, a *sensu contrario*, quando le circostanze individuali presentano una sufficiente specificità, tale che l’azione collettiva perde la sua efficacia e, per esempio, impone di provare ogni situazione personale scomponendo il procedimento iniziale in numerosi sub-procedimenti, si considera che non esiste tale *commonality*; 3) *Typicality* (*The claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class*): si richiede che le domande o eccezioni delle parti, intervenendo gli attori come ricorrenti che agiscono in nome proprio e come rappresentanti della *class*, siano tipiche o rappresentative delle domande o eccezioni della *class*; che i reclami siano un rimedio che avrebbe azionato ogni membro della classe; 4) *Adequacy of representation* (*The representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*), ovvero garanzia che gli interessi della *class* siano protetti in modo giusto ed appropriato per i ricorrenti, evitando conflitti di interessi che possano sviare da questa finalità, e garantendo che i loro difensori siano in possesso di qualifiche, esperienze e capacità adeguate per risolvere la controversia.

4. Requisiti dell’azione collettiva contro i danni

Vedremo in séguito come, malgrado le inevitabili similitudini concettuali, non si possa affermare in modo assoluto che i requisiti delle *class actions* statunitensi siano trasferibili integralmente nel nostro ordinamento. Innanzitutto si può osservare come, diversamente, i requisiti della *numerosity* e *commonality* debbano intendersi soggetti a rilevanti mitigazioni; e come quelli della *typicality* e *adequacy of representation* siano, semplicemente, estranei alla nostra regolamentazione vigente in materia.

4.1. Danno collettivo o diffuso

Tra i requisiti che il diritto spagnolo stabilisce per un'azione collettiva contro i danni occorre, in primo luogo, rilevare che essa può essere esercitata solo quando si può parlare di un pregiudizio di carattere collettivo o di natura diffusa, in base alla configurazione dell'uno e dell'altro in precedenza analizzata, ossia deve prodursi la lesione di un interesse collettivo o di un interesse diffuso. Deve, pertanto, potersi configurare un gruppo, una *clase de perjudicados*, e ciò richiede, a sua volta, il ricorso di determinati presupposti.

4.1.1. Unità del fatto dannoso

Tanto il comma 2 (danni collettivi) quanto il comma 3 (danni diffusi) dell'art. 11 della LEC richiedono come presupposti di fatto di partenza per ogni azione collettiva, l'esistenza di "un fatto dannoso". E questo risulta perfettamente coerente con l'essenza dell'azione collettiva: un solo danno, ma molti danneggiati dallo stesso. Così, qualora anche le fonti generatrici del danno siano molteplici, non sarà percorribile la via dell'azione di classe, ma dovranno instaurarsi tante azioni quanti sono i fatti dannosi identificabili. Ciò che conferisce unità all'azione collettiva è, più specificamente, questa unica ed identica origine del danno che incide, questo sì, su una pluralità di danneggiati.

Detto questo, va precisato che, tuttavia, questa unità del fatto dannoso non può interpretarsi come una semplice traslazione nel diritto spagnolo del requisito della *commonality*. Dalla formulazione dell'art. 11, commi 2 e 3, della LEC si può ricavare che l'azione collettiva richiede, senza dubbio, che l'origine del danno sia unica con riguardo ai vari danneggiati; ma in assoluto non postula, in modo esplicito, anche un'identità dei fattori costitutivi, né è previsto alcun meccanismo processuale per la sua valutazione. Di fatto, se il legislatore avesse voluto introdurre un simile controllo, lo avrebbe dovuto fare esigendo un'identità dei presupposti in termini simili a quelli stabiliti dall'art. 72 della LEC per il cumulo delle azioni, il quale è consentito solo quando può stabilirsi un nesso tra lo stesso *petito* o la stessa *causa petendi*, con la particolarità che "si intenderà che il titolo o la causa *petendi* è identico o collegato quando le azioni si fondano nello stesso fatto".

Niente di questo si menziona nel caso delle azioni collettive; e, in modo chiaro, non sembra che si possa applicare analogicamente alle

azioni di classe questo requisito della identità dei presupposti prevista legalmente per l'ipotesi del cumulo soggettivo delle azioni. Ciò per la semplice ragione che non vi è alcun elemento in comune tra l'uno e l'altro istituto, al contrario di quanto viene sostenuto.

Non può essere trascurato che, in termini assolutamente rigorosi, mai si potrebbe constatare l'esistenza di fattispecie in cui vi è una completa identità dei vari elementi costitutivi dell'illecito, risultando difficilmente immaginabili ipotesi in cui l'entità, la gravità o l'estensione quantitativa del danno siano identiche tra i vari membri del gruppo di danneggiati. Normalmente, al contrario, il grado delle lesioni dei vari soggetti si presenta in modo differente.

Inoltre, occorre specificare che l'unità del fatto dannoso, alla quale abbiamo fatto riferimento, riguarda non solo l'azione o omissione (di cui all'art. 1902 del codice civile, per il caso di responsabilità extracontrattuale) o l'inadempimento dell'obbligazione (come previsto dall'art. 1101 del codice civile nell'ipotesi di responsabilità contrattuale), ma sembra ragionevole intendere che la stessa deve riguardare anche l'elemento della imputazione, sia essa per colpa, per rischio, o altro, nonché il nesso di causalità tra il fatto fonte del danno ed il danno cagionato ai ricorrenti.

4.1.2. *Pluralità di danneggiati*

Risulta evidente che l'esercizio, in forma collettiva, di una richiesta di risarcimento di danni necessariamente deve trarre origine da un danno che colpisce una pluralità di persone. Questo carattere plurale – o, se si preferisce, collettivo nel senso che il fatto dannoso incide su diversi danneggiati – consente, in modo specifico, di parlare di un danno collettivo o diffuso e rappresenta la premessa fondamentale per ogni azione collettiva.

Tuttavia, a differenza di quanto accade nel diritto comparato, nell'ordinamento spagnolo non sembra si possa sostenere la necessità di ulteriori requisiti relativamente al numero dei danneggiati: basta il carattere plurale di costoro. Infatti, già abbiamo visto come negli USA le *class actions* sono sottoposte al criterio della *numerosity*, che esige un elevato numero di membri della *class* e che rende estremamente difficile, se non impossibile, una loro partecipazione individuale al processo.

Con riferimento a questi profili, è stato criticato il sistema spagnolo perché delinea in modo estremamente ampio la legittimazione collet-

tiva e, più specificamente, si lamenta la mancanza di elementi di discriminazione tra le ipotesi che possono giustificare un'azione di classe e quelle in cui questa è sconsigliabile. Tuttavia, quando chi dà avvio all'azione collettiva è un "gruppo di danneggiati dal fatto dannoso", ma non è una associazione di consumatori o utenti, l'art. 6, comma 1, n. 7 della LEC richiede come requisito di ammissibilità della domanda che "il gruppo sia costituito dalla maggioranza dei danneggiati", e si ritiene che ciò, al di là dalle critiche o problemi che questo comporta nella pratica, rappresenti un importante controllo limitativo della legittimazione collettiva.

Si noti che questa pluralità di danneggiati da uno stesso fatto dannoso è un requisito necessario, ma non sufficiente, per la formazione di una *class* o gruppo legittimato collettivamente. Sarebbe, senza dubbio, sufficiente per il cumulo di tutte le azioni individuali, così come lo consente l'art. 72 della LEC, quando autorizza l'esercizio simultaneo delle azioni che diversi soggetti svolgono tutti contro uno, sempre che tra le stesse azioni esista un nesso inerente il *petito* o la *causa petendi*. Di conseguenza tutte queste azioni (plurali) saranno decise nello stesso procedimento e si risolveranno con una sola sentenza (art. 71 della LEC). Ma il cumulo di differenti azioni nello stesso procedimento non ha nulla in comune con l'esercizio di un'unica azione collettiva, la cui sentenza produce effetti, nei confronti di soggetti che né hanno dato avvio, né sono intervenuti nel processo. Per questo, l'azione collettiva richiede, accanto alla pluralità dei danneggiati, i requisiti che vedremo di seguito.

4.1.3. *Lesione di interessi collettivi o diffusi*

Come abbiamo detto, coloro che entrano a far parte del gruppo dei danneggiati devono essere uniti da un interesse superindividuale, nel senso spiegato in precedenza, e per questo deve risultare lesa una delle due categorie già tipizzate di tale interesse. Ognuna di queste, poi, darà luogo ad un'azione diversa.

Si avrà la lesione di un interesse collettivo quando il danno lede diritti soggettivi singoli ed individuali omogenei rispetto a tutti i membri del gruppo. Ciò avrà come conseguenza che i membri del gruppo risulteranno determinati (tutti i passeggeri di un aereo) o facilmente determinabili (tutti gli utenti di un'autostrada a pagamento che entrarono nella stessa tra le ore 19,00 e le 23,00 – per fare un esempio concreto –; o gli spettatori ad un avvenimento sportivo, previo pagamento dell'in-

gresso), ed in questo caso l'azione dovrà esercitarsi nell'ambito dell'art. 11, comma 2, della LEC.

Diversamente, si avrà lesione di un interesse diffuso qualora il danno leda i membri del gruppo considerati non come individui, ma come elementi di una collettività più o meno ampia, come beneficiari di determinati beni comuni, di modo che mai potrebbero arrogarsi una legittimazione processuale individuale, e potrebbero far valere tale interesse (o il diritto al risarcimento dello stesso qualora risulti lesionato) solo mediante un'azione collettiva. Questa circostanza fa sì che i membri del gruppo risultano indeterminati (come quelli danneggiati dall'inquinamento marino provocato dall'affondamento della *Prestige*) o di difficile determinazione (come succederebbe nel caso di spettatori di una affollata manifestazione di strada o di un concerto gratuito organizzato dal Comune in una piazza pubblica). In tal caso l'azione collettiva dovrà rispettare quanto prescrive l'art. 11, comma 3, della LEC.

4.2. *La condizione di consumatore per i danneggiati*

La disposizione chiave per l'affermazione delle azioni collettive in Spagna, come abbiamo detto, è l'art. 11 della LEC. In base alla sua formulazione occorre rilevare come requisito legale di tali azioni sia che i danneggiati dal danno collettivo o diffuso rivestano la qualità di consumatori o utenti.

Tali considerazioni fondate sulla legge, suscitano alcune osservazioni.

Con riguardo alla questione relativa al contenuto di questo requisito, dobbiamo riferirci alla nozione di consumatore prevista dall'art. 1, comma 2 e 3, della *Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LGDCU, oggi *Texto Refundido*). Come è noto, e come già acutamente si è esplicitato, il legislatore spagnolo con questa definizione ha optato per una nozione concreta basata su un criterio soggettivo, che ruota fondamentalmente intorno alla espressione “destinatario finale”, che acquista beni o servizi per un uso personale, familiare o domestico; e non si riferisce, invece, alla figura del “cliente”, che ingloberebbe tutti coloro che contrattano con un imprenditore per acquistare beni o servizi, indipendentemente dalla loro destinazione. E non potranno considerarsi come un gruppo di danneggiati quei soggetti che, “senza divenire destinatari finali, acquistano, immagazzinano, utilizzano o consumano beni o servizi, con il fine di integrarli in processi di produzione o trasformazione, commercializzazione o prestito a terzi”.

A ciò si deve aggiungere che il riconoscimento di un'operatività rigorosa della regola che impone la condizione di consumatore tra i membri del gruppo, renderà necessario svolgere nel processo nel quale si instaura l'azione collettiva una quantità di prove ed indagini relative al ricorso di tale qualità in ciascuno dei membri. *Quid* nel caso in cui alcuni membri risultano indeterminati o di difficile determinazione? Come valutare, o argomentare almeno, che tutti loro riuniscono la condizione di consumatore? Come distinguere tra gli utenti di una autostrada (continuando nell'esempio concreto di una azione già instaurata nel nostro paese), tra chi va in vacanza con la sua famiglia con un furgone o tra chi utilizza il camion di proprietà di un'impresa di trasporti?

In conclusione, logicamente, una applicazione formalista del requisito imposto letteralmente dalla LEC, condurrebbe a delle conseguenze assurde. Sembra come se il legislatore processuale spagnolo, fortemente condizionato dai precedenti legislativi di altre azioni collettive, specialmente quelle contemplate dalla *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (LCG), si sia dimenticato che la qualità di danneggiato nulla aggiunge a quella di consumatore. Ad essere danneggiata è la persona, in quanto titolare di diritti soggettivi che risultano lesi: che la stessa sia consumatore finale di beni o servizi non aggiunge alcun *plus* agli effetti che ci interessano, che non sono altro che quelli derivanti dal risarcimento dei danni. L'essenza della protezione dei consumatori e utenti risiede nella radicale disuguaglianza in cui questi si trovano rispetto agli imprenditori quando si avvicinano al mercato; la disparità tra il contraente *amateur* e il contraente professionale. Ma quando la persona patisce un danno, nasce il diritto alla riparazione in base all'*alterum non laedere*, indipendentemente dal fatto che sia o meno consumatore finale; nessuna incidenza ha il fatto che la situazione di uguaglianza o disuguaglianza si sia potuta realizzare nel mercato di beni e servizi. Per questa ragione, e concordemente con parte della dottrina, apertamente appare opportuno proporre una interpretazione ampiamente flessibile di tale presupposto legale: non è possibile, infatti, applicarlo in modo differente, né attribuire al giudice l'obbligo di indagare caso per caso il ricorso dei requisiti legali, con riguardo a soggetti che, per definizione, risultano indeterminati o di difficile determinazione, specialmente, nelle ipotesi di responsabilità extracontrattuale.

4.3. Legittimazione attiva. Impostazione e regole generali

La determinazione della legittimazione attiva costituisce uno dei problemi fondamentali delle azioni collettive. È necessario garantire

che chi effettivamente esercita l'azione di gruppo incarna veramente o "rappresenti" (non nel senso tecnico-giuridico dell'espressione) questi interessi collettivi o diffusi che si trovano alla base della stessa. Il problema fondamentale risiede nel fatto che per la dogmatica processuale, tradizionalmente, la legittimazione è stata sempre concepita a partire dalla prospettiva del diritto soggettivo, e, per dare ingresso alla tutela giudiziale degli interessi collettivi e, soprattutto, diffusi si è superata tale impostazione, aprendo il passo ad un'idea di legittimazione più ampia, che permetta di includere, accanto ai diritti soggettivi, gli interessi legittimi che menziona l'art. 24 della Costituzione spagnola.

Già abbiamo visto come il problema della legittimazione sia differente rispetto a quello inerente la qualità di consumatore di coloro che fanno parte del gruppo dei danneggiati, ma risulta indubitabile che entrambe le questioni sono in stretta relazione; se il nostro ordinamento ha scelto di richiedere tale qualità di consumatore ed utente per i danneggiati dal danno collettivo o diffuso, e l'art. 20 della LGDCU incarica le organizzazioni di consumatori e utenti di difendere gli "interessi generali dei consumatori ed utenti", è ragionevole ritenere che nel momento di determinare la legittimazione attiva per l'esercizio delle azioni collettive la presenza di tali associazioni risulta una costante.

Occorre, preventivamente, svolgere due precisazioni ulteriori, non per questo meno importanti.

La prima è che il legame tra i soggetti e gli enti legittimati attivamente all'esercizio delle azioni collettive contro i danni, risulta tassativo, mediante la enumerazione di una lista chiusa con carattere di *numerus clausus*, senza che possa ammettersi alcuna possibilità di un'applicazione più ampia, per analogia o interpretazione estensiva. Questo trova riscontro, in modo chiaro, frequentemente negli esempi già esaminati dai tribunali: non c'è, infatti, un procedimento relativo alle azioni collettive contro i danni nel quale il convenuto non solleva, in un modo o in un altro, un'eccezione circa la legittimazione dell'ente ricorrente.

La seconda osservazione è che tale legame di legittimazione attiva per l'esercizio dell'azione collettiva non riserva alcun tipo di prelazione o gerarchia, specialmente nel caso delle azioni contro i danni collettivi di cui all'art. 11, comma 2, della LEC, ove si prevedono tre tipologie distinte di legittimati, ma anche nel caso dell'art. 11, comma 3, nel quale possono concorrere varie associazioni rappresentative. Tutti questi soggetti sono legittimati all'esercizio dell'azione con carattere indistinto, concorrente e non escludente, il che può dar luogo ad ipotesi di sovrapposizione di azioni, sulle quali torneremo più avanti.

Da ultimo, conviene ricordare che qualunque ente e corporazione legittimata dalla disposizione può personificarsi, come soggetto interveniente, in tutti i processi nei quali si propongono azioni collettive promosse dalle altre, al fine di difendere gli interessi che rappresentano.

L'art. 11 della LEC impone di trattare in modo distinto le azioni contro i danni collettivi (comma 2) e le azioni contro i danni diffusi (comma 3), anche in materia di legittimazione. Vedremo in séguito entrambe le fattispecie in modo separato.

4.3.1. Legittimazione per esperire l'azione contro i danni collettivi. Associazioni, enti e gruppi di soggetti interessati

Quando i danneggiati da un fatto dannoso sono un gruppo di consumatori o utenti i cui componenti sono perfettamente determinati o sono facilmente determinabili, l'art. 11, comma 2, della LEC attribuisce "la legittimazione a pretendere la tutela di questi interessi collettivi" a particolari soggetti.

a) Le associazioni di consumatori ed utenti

Data la necessità che ricorra la qualità di consumatore ed utente per i membri del gruppo dei danneggiati, la legittimazione di tali associazioni appare coerente e ragionevole. Così, tutta la dottrina evidenzia che la legittimazione riconosciuta alle associazioni di consumatori ed utenti presenta una triplice dimensione, alla quale, espressamente, fa riferimento l'art. 11, comma 1, della LEC. In primo luogo, va riconosciuta la legittimazione dell'associazione se si lede l'ambito dell'interesse collettivo la cui protezione e difesa sono di pertinenza esclusiva della stessa associazione, tanto da costituirne la sua ragione di essere. Va riconosciuto, poi, che se pensiamo alle azioni collettive contro i danni l'ipotesi che nasca un diritto al risarcimento proprio dell'associazione non è inimmaginabile, ma sicuramente residuale ed infrequente. In tal caso, saremo in presenza di una legittimazione assolutamente normale, per proprio diritto, che non offre grandi difficoltà.

In secondo luogo, si può riconoscere una legittimazione delle associazioni per difendere i diritti dei membri dell'associazione, ovvero una legittimazione alla sostituzione degli stessi nel ricorso in giudizio a tutela dei loro diritti ed interessi privati. In questo caso chi agisce in giudizio, la parte processuale, è l'associazione che opera a vantaggio dei propri associati. Ciò ha generato il dibattito dottrinale se si tratti

o meno di un'autentica rappresentanza. Ed a prima vista può sembrare che, in concreto, ricorra una semplice rappresentanza attribuita dai danneggiati all'associazione di cui fanno parte. Ma la maggioranza degli autori ritiene che, in realtà, c'è una rappresentanza solo in senso improprio, ovvero una "rappresentanza paraorganica della classe", poiché non c'è alcuna attribuzione legale o volontaria della rappresentanza, ma una mera legittimazione straordinaria. Inoltre, il rappresentante, che è colui che in concreto è parte del processo, in questo caso non agisce in nome altrui come succede, invece, nella rappresentanza vera e propria. In ogni caso, posto che i beneficiari del risultato dell'azione collettiva devono riunire tutti la qualità di membri dell'associazione agente, la questione nella pratica non assume troppa rilevanza.

Infine, può configurarsi una legittimazione dell'associazione a difendere gli interessi generali dei consumatori ed utenti, di talché essa gode in giudizio della qualifica di "rappresentante" dell'interesse presuntivamente lesionato proprio di questa categoria di cittadini (consumatori ed utenti), anche qualora non tutti gli individui interessati risultino formalmente componenti dell'associazione.

Questa legittimazione merita alcune osservazioni importanti.

Va rilevato che quando l'art. 11, comma 2, della LEC, con riguardo ai danni collettivi (caratterizzati legalmente dalla determinazione o facile determinabilità dei danneggiati), legittima le associazioni dei consumatori ed utenti, non esige il carattere esponenziale della rappresentatività delle stesse, a differenza di quanto, come vedremo, succede nelle azioni contro i danni diffusi.

Inoltre, perché possa ammettersi questa legittimazione generica delle associazioni dei consumatori ed utenti, è necessario che almeno uno dei suoi membri ostenti la condizione di danneggiato determinato o facilmente determinabile. Circostanza questa che deve essere allegata e provata *a limine*, poiché costituisce la base della sua legittimazione attiva. Non si tratta di traslare nel nostro ordinamento il requisito della *adequacy of representation* delle *class actions* nordamericane o di esigere il "certificato di classe", ma di configurare correttamente una relazione giuridico-processuale. Trova in questo modo conferma il fatto che l'associazione ricorrente (persona giuridica composta, non si dimentichi, da singoli consumatori) risulta in concreto legittimata.

Tuttavia, una volta adempiuto tale requisito formale, l'azione instaurata dall'associazione andrà a beneficio tanto dei danneggiati che siano membri della stessa, quanto di coloro che non lo sono, e affinché ciò accada non è necessario che essa sia composta dalla maggioranza dei

soggetti lesi (come, invece, succede nel caso in cui questi formano direttamente il gruppo, in base a quanto vedremo in séguito).

b) Gli enti legalmente costituiti che hanno per oggetto la difesa e protezione dei consumatori ed utenti

Nel caso dei danni collettivi con soggetti determinati o facilmente determinabili, accanto alle associazioni dei consumatori (persone giuridiche tipizzate come tali nel nostro ordinamento) e ai gruppi di danneggiati (carenti della personalità giuridica), la disposizione legittima anche altri enti, non esenti da un certo “mistero” per loro configurazione legale, con riguardo ai quali occorre effettuare alcune segnalazioni.

Essi devono essere costituiti “legalmente”, e questo significa, necessariamente, che gli stessi devono possedere la personalità giuridica. Ciò, certamente, potrà derivare dalla loro condizione di cooperative di consumatori ed utenti previste dall’art. 20, comma 2, della LGDCU, come ha osservato certa dottrina. Ma sarà molto più frequente, e qui sembra fondarsi l’idea del legislatore, che si tratti di raggruppamenti di danneggiati, costituiti legalmente, in conformità a quanto stabilito nella *Ley Orgànica* (legge 22 marzo 2002, n. 1), regolatrice del diritto delle associazioni (LODA). In altri termini, enti creati *ad hoc* per coloro che già hanno sofferto un determinato danno e si raggruppano precisamente per difendere collettivamente i loro interessi comuni ed omogenei.

Non sembra nemmeno necessario che questo ente raggruppi o rappresenti la maggioranza dei lesionati dal danno, poiché: in primo luogo, nulla dispone al riguardo l’art. 11, comma 2; inoltre, quando la norma richiede questo requisito per i gruppi di danneggiati senza personalità giuridica, non configura lo stesso come un presupposto della loro legittimazione, ma come una condizione che va a supplire specificamente la mancanza di personalità giuridica e giustifica un fatto eccezionale, come la legittimazione di un ente, carente della personalità giuridica.

c) Gli stessi gruppi (formati dalla maggioranza) dei danneggiati

Nelle azioni contro i danni collettivi, accanto alle associazioni dei consumatori e a quelle *ad hoc* prima menzionate, l’art. 11, comma 2, della LEC legittima anche i gruppi dei danneggiati che, si intende, a differenza delle prime sono carenti di personalità giuridica. Questo comporterebbe, in modo chiaro, una grave irregolarità rispetto alle regole generali del nostro ordinamento giuridico, se non fosse che la stessa LEC, concretamente all’art. 6, comma 1, n. 7, conferisce a tali gruppi la capacità processuale o quella “ad essere parte”. Infatti, questo pre-

certo ammette che possano essere parte in un processo i “gruppi di consumatori o utenti lesionati da un fatto dannoso quando gli individui che compongano gli stessi sono determinati o sono facilmente determinabili”, incluso il caso in cui questi gruppi non si sono costituiti come autentiche persone giuridiche (associazioni). Questa fattispecie risulta di enorme interesse e rappresenta una delle maggiori novità in materia di azioni collettive, avvicinandole significativamente alle *class actions* nordamericane, posto che il gruppo configura realmente una *clase*. Ma è conveniente riconoscere come anche questa ipotesi riservi non poche difficoltà e problemi, che brevemente si intendono riassumere.

4.3.2. *Legittimazione ad agire contro danni diffusi. La rappresentatività delle associazioni*

Quando i danneggiati da un fatto dannoso sono una pluralità di consumatori o utenti indeterminata o di difficile determinazione, la legittimazione attiva risulta molto più ristretta di modo che, in base all’art. 11, comma 3, della LEC può instaurare un’azione collettiva, esclusivamente, un’associazione di consumatori ed utenti che in modo “conforme alla legge” sia rappresentativa. Nel caso delle azioni collettive contro i danni diffusi si esclude, pertanto, ogni forma di legittimazione per gli enti costituiti legalmente *ad hoc*, per i gruppi di danneggiati e per le associazioni di consumatori che non possiedono il requisito della rappresentatività. Così il legislatore stabilisce la speciale natura dei danni diffusi, che abbiamo in precedenza sottolineato, portando a restringere enormemente il circolo dei legittimati a chiedere il risarcimento. Ciò che importa, in questa sede, non è la presenza, più o meno immediata, della maggioranza degli interessati; perché con riguardo a questo tipo di danni si può, semplicemente, affermare che “tutti siamo i danneggiati”. Di conseguenza è necessaria una adeguata rappresentatività per colui che incarna questi interessi che, anche se non sono generali, si avvicinano molto ad essi.

Richiama l’attenzione il fatto che la disposizione allude ad un concetto di rappresentatività che sia “conforme alla legge”, quando è certo che non esiste alcuna norma legale che dà un contenuto alla stessa. Alla luce della *Exposición de Motivos* della LEC, sembra come se il legislatore (ottimista) si aspettasse una prossima e futura regolamentazione legale della materia: si afferma, infatti, che “questa realtà (quella della tutela degli interessi giuridici collettivi), riferita ai consumatori ed utenti, rice-

ve in questa legge una risposta strumentale rispetto a quanto dispongono e potranno disporre nel futuro le norme sostanziali relative al profilo, controverso e difficile, della concreta tutela che, mediante gli evocati enti, potranno ottenere i diritti ed interessi dei consumatori ed utenti in quanto collettività”. Nonostante la mancanza di una previsione legale circa il contenuto della rappresentatività delle associazioni, che poteva essere ben inserito nella già menzionata LODA, non può escludersi l’efficacia delle azioni contro i danni, di cui all’art. 11, comma 3, della LEC, poiché non si può escludere come, in ogni caso, i tribunali di giustizia siano chiamati a riempire di contenuto materiale questo concetto.

Inoltre, la nozione di rappresentatività non può neppure considerarsi un concetto giuridico indeterminato, né assolutamente estraneo al nostro ordinamento giuridico. Così, nel diritto sindacale, la figura del sindacato più rappresentativo è una istituzione consolidata (art. 6 della LOLS); e l’art. 6, comma 2, del R.D. 22 giugno 1990, n. 825, sul diritto di rappresentazione, consultazione e partecipazione dei consumatori ed utenti mediante le loro associazioni, stabilisce determinati criteri per concedere la rappresentanza alle associazioni nel *Consejo de consumidores y usuarios*. In base a questo, e al senso comune, sembra accettabile un controllo della rappresentatività che valuti il radicamento dell’associazione nel territorio dove si sono manifestati gli effetti del danno diffuso, il numero dei suoi associati, l’intensità della sua attività allo scopo di promuovere le finalità statutarie, ecc.

In questo senso, appare abbastanza ragionevole il criterio che è stato applicato dai tribunali quando osservano che “anche se né la LEC né alcuna altra legge forniscono un concetto di rappresentatività, risulta logico che tale nozione sia collegata al numero degli associati che rientrano nell’ambito all’interno del quale si pretende esercitare l’azione, di modo che lo stesso possa considerarsi come sufficientemente significativo o rilevante”. Così, per esempio, se un’azione collettiva intende produrre effetti a livello nazionale, non può soddisfare il requisito della rappresentatività un’associazione dei consumatori il cui ambito di operatività sia limitato ad una determinata comunità autonoma.

4.4. *Pubblicità, chiamata in causa, intervento e opt out dei danneggiati*

Con l’evidente finalità che l’azione collettiva raggiunga tanto nel suo svolgimento processuale, quanto nelle sue conseguenze, il maggior numero di interessi che risultano collegati ad uno stesso fatto dannoso, l’art.

15 della LEC prevede un sistema di pubblicità e comunicazioni dei ricorsi collettivi e di coinvolgimento dei possibili interessati. Si tratta, senza dubbio, di favorire l'intervento nel processo di individui che compongono la classe, come in séguito vedremo; o, come dice la norma, di tutti i danneggiati che "vogliono far valere i loro diritti o interessi individuali". Il sistema risulta certamente non sviluppato, e non esente da alcune contraddizioni interne e da disfunzioni, ma è possibile una adeguata interpretazione del testo che tenga conto delle varie fasi del procedimento.

4.4.1. *Pubblicità*

Come regola generale applicabile a tutti i processi nei quali si esercita un'azione collettiva, sia contro i danni collettivi, che contro i danni diffusi, l'art. 15, comma 1, della LEC impone di pubblicare la presentazione del ricorso con mezzi di comunicazione aventi una diffusione nell'ambito territoriale in cui si è manifestato il danno. Si tratta, pertanto, di una formalità processuale che deve essere eseguita immediatamente al momento della presentazione della domanda e non rappresenta un requisito di ammissibilità della stessa. Essa ha come finalità di chiamare nel processo coloro che presentano la condizione di danneggiati per essere stati consumatori del prodotto o utenti del servizio che ha dato origine all'azione, per la quale si intende far valere il loro diritto o interesse individuale.

4.4.2. *Intervento*

Come regola generale, l'art. 13, comma 1, della LEC prevede la facoltà per qualunque consumatore o utente di intervenire nei processi instaurati dagli enti legalmente riconosciuti per la difesa dei loro interessi. Si tratta di una norma generale che permette l'intervento adesivo nel processo di soggetti originariamente non attori, né convenuti, conosciuta dottrinalmente come *opt-in*, e che facilita i pregiudicati dal fatto dannoso oggetto dell'azione collettiva a far valere le proprie pretese individuali nell'ambito dello stesso procedimento, sulle quali necessariamente dovrà pronunciarsi (addizionalmente) la sentenza, in base alla regola 3^a dell'art. 221 della LEC. Questione differente è che tale intervento possa essere sottomesso a regole, termini e requisiti che, da un lato, sono disciplinati dai commi 2 e 3 del citato art. 13, e che, dall'altro lato, nel caso di azioni collettive contro i danni risultano differenti

in relazione al tipo di azione esercitata. Nelle azioni di classe contro i danni collettivi di cui all'art. 11, comma 2, della LEC, il danneggiato può individualmente intervenire nel processo in qualunque momento, anche se potrà realizzare solo atti processuali che non risultano preclusi al tempo dell'intervento (art. 15, comma 2, della LEC). Ciò concorda, logicamente, con l'assenza di effetti sospensivi della chiamata in causa in questo tipo di azioni.

Al contrario, nell'azione collettiva contro i danni diffusi, a partire della chiamata in causa si produce la menzionata sospensione del processo e durante questo periodo dovranno intervenire tutti quei danneggiati che lo desiderano. Dopo la riunificazione del procedimento, in conformità all'art. 15, comma 3, della LEC non si ammette un intervento individuale dei consumatori, senza che ciò possa rappresentare un pregiudizio alla possibilità per lo stesso di far valere i propri diritti o interessi sulla base di quanto dispongono gli artt. 221 e 519 della LEC, ossia, in fase di esecuzione della sentenza. Questa inammissibilità può essere interpretata, in forza di ragioni sistematiche, come la proibizione di un intervento adesivo posteriore al termine della chiamata in causa, e in nessun caso come la proclamazione di una litispendenza a tutti gli effetti. E senz'altro, questa limitazione temporale non contraddice la regola generale dell'art. 13, comma 1, della LEC, ma modera e adatta la sua efficacia all'ipotesi concreta delle azioni collettive. Essa, d'altra parte, risulta anche ragionevole e concorda con la natura dell'azione contro i danni diffusi, posto che una facoltà temporale illimitata ad un intervento adesivo da parte di qualunque interessato a questo tipo di azione, soggetta alle regole formali di cui all'art. 13, comma 2, potrebbe portare ad una autentica paralisi del processo; non in relazione alla sospensione del processo, che non si realizza prima di una richiesta di intervento, ma per la valanga illimitata (per definizione possibile) di risoluzioni giudiziali che sarebbero necessarie per definire tali richieste. Infine, non risulta neppure alcuna limitazione dei diritti, posto che, come la stessa disposizione ricorda, sono sempre fatte salve le facoltà inerenti l'estensione degli effetti della cosa giudicata, in fase di esecuzione della sentenza, che nelle autentiche azioni collettive contro i danni diffusi sempre accompagneranno tale risoluzione giudiziale.

4.4.3. *Opt out*

È molto significativo e costituisce una peculiarità molto importante del nostro sistema di azioni collettive contro i danni, che non prevede

legalmente alcun meccanismo di *opt-out*, la previsione di un procedimento mediante il quale uno dei danneggiati dal fatto dannoso, con riguardo al quale si è avviata un'azione collettiva, evita volontariamente gli effetti di essa, o perché si riserva di esercitare una propria azione individuale, o perché non viene coinvolto dagli effetti della sentenza. Non si può negare che nel nostro sistema di azioni di classe, una sentenza possa produrre gli effetti della cosa giudicata *ultra partes* (ovvero a favore o contro i membri di una classe rappresentata nel processo). Vi sono delle ipotesi in cui si ha un sistema di *res iudicata ultra partes in utilibus*, ossia, *secundum eventum litis*, e, cioè, limitatamente al caso della sentenza che accoglie o respinge la domanda. Tuttavia, questo modello, che è stato adottato anche in altri ordinamenti, non è quello seguito dalla nostra LEC, quando all'art. 222, comma 3, estende soggettivamente la cosa giudicata materiale "ai soggetti, non litiganti, titolari di diritti che giustificano la legittimazione delle parti in modo conforme a quanto previsto nell'art. 11 di questa legge". Questo pone in una posizione negativa coloro che sono danneggiati (e per questo titolari del diritto ad ottenere un risarcimento) che non sono stati parte nel processo: qualora la sentenza rigetti la domanda, risulterebbero danneggiati i loro diritti fondamentali ad una tutela giudiziale effettiva prevista dall'art. 24, comma 1, della Costituzione spagnola, e si creerebbe apertamente una situazione contraria alla già illustrata compatibilità tra le azioni individuali e quelle collettive.

Per questo, alcune volte si ritiene che l'art. 222, comma 3, contiene un mero errore grammaticale, e non si tratta propriamente del diritto del *perjudicado* al risarcimento che fonda la legittimazione dei soggetti collettivi in un processo al quale non intervengono, e che per questo la sentenza che risolve un'azione collettiva non produce l'effetto di cosa giudicata rispetto alle pretese risarcitorie suscettibili di essere esercitate individualmente dai danneggiati.

Un problema strettamente collegato a quello precedente è quello che deriva dalla mancanza della previsione di un sistema di *opt-out* che permetta a coloro che sono danneggiati e che non vogliano essere coinvolti dal risultato dell'azione collettiva, a potervi rinunciare o escludersi volontariamente mediante un'espressa dichiarazione di volontà. Occorre chiarire che con l'intervento adesivo l'individuo appartenente ad una classe già può far valere le proprie pretese: ma questo è esattamente il contrario (*opt-in*), a meno che non si segua il tortuoso inverso cammino della interversione personale per poi desistere dalla pretesa risarcitoria, forzando il pronunciamento giudiziale in modo conforme alla regola 3^a dell'art. 221.

Di fatto, la mancanza di un meccanismo di *opt-out* ha portato, inoltre, a sollevare una questione di legittimità costituzionale del sistema delle azioni di classe nella LEC, nella parte in cui prevede un effetto *ultra partes* della pronuncia che non si limita ai casi della sentenza estimatoria (*in utilibus*).

Nel caso di azioni instaurate da enti *ad hoc* e da gruppi di danneggiati non risulta pregiudicato gravemente il diritto ad una tutela giudiziale effettiva, per la mancata previsione del meccanismo *opt-out*. Nel caso di azioni instaurate da associazioni di consumatori, la costituzionalità di queste azioni dovrebbe valutarsi in base al fatto che l'azione di classe: 1) sia iniziata da un'associazione di consumatori ed utenti sufficientemente rappresentativa; 2) si riferisca a fatti che abbiano un grado di identità tale tra i vari casi individuali della molteplicità di consumatori ed utenti indeterminati rappresentati, che si possa ragionevolmente presumere che le allegazioni ed il fondamento giuridico ricostruiti per tutti i consumatori rappresentati risultino coincidenti con quelle descritte dall'associazione; 3) si riferisce a consumatori ed utenti realmente indeterminati o di difficile determinazione.

ENTI NON LUCRATIVI E SOSTENIBILITÀ

Luca Di Nella

1. Enti non lucrativi e sostenibilità: una prospettiva

Le imprese non sono gli unici enti che nelle società contemporanee svolgono attività economiche.

Associazioni, fondazioni e comitati sono attori molto importanti che, come tradizionalmente si afferma, hanno come scopo il perseguimento di finalità non economiche: essi costituiscono i tipici enti *non profit* regolati in generale dal Libro I del codice civile¹ e, più di recente, dal d.lgs. n. 117 del 2017 (c.d. Codice del terzo settore, di séguito abbreviato in “cts”) che regola anche ulteriori tipologie di soggetti². Nonostante siffatta concezione – che invero include realtà tra loro molto diverse come, ad esempio, le associazioni culturali, filantropiche, di tutela della natura, consumeristiche, sportive, sindacali, le fondazioni bancarie e le casse previdenziali degli ordini professionali –, si deve rilevare che una parte di tali soggetti svolge anche attività economiche ai fini del perseguimento dello scopo statutario³. A proposito degli enti del terzo set-

1. Cfr., in argomento, M. Basile, *Le persone giuridiche*, Giuffrè 2003, p. 71 ss., ove sono illustrate le varie classiche posizioni dottrinali sul punto.

2. In argomento, v. A. Fusaro, *Gli Enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm. Cicu-Messineo*, Giuffrè 2022, p. 1 ss.

3. V., M. Basile, *Le persone giuridiche*, cit., p. 72, il quale già osservava «che nello scopo degli enti collettivi in esame possano rientrare anche la produzione e lo scambio di beni e servizi, in quanto la libertà di iniziativa economica in linea di principio non incontra limiti nella natura del soggetto che intende svolgerla, è oggi largamente acquisito». La letteratura straniera in argomento è risalente vasta: per tutti, v. H.B. Hansmann, *The role of nonprofit enterprise*, in *The Yale Law Journal* 89, 1980, 5, p. 835 ss.; Id., *The Ownership of Enterprise*, Harvard University Press 1996, tradotto in italia-

tore (di seguito abbreviati in “ets”) si discorre, non a caso, di economia sociale e appunto di terzo settore⁴.

Ciò posto, è necessario domandarsi se si possa discorrere, anzi se si debba discorrere, non solo di ‘lucro soggettivo sostenibile’⁵ ma anche di ‘lucro oggettivo sostenibile’: in altri termini, se il principio di sostenibilità possa essere applicato anche al settore *non profit*⁶.

2. La sostenibilità e gli enti *non profit* negli atti internazionali

Una prima indicazione positiva in tal senso si rinviene in alcuni atti internazionali relativi alla sostenibilità.

La risposta mondiale, europea e nazionale ai problemi e alle crisi ambientali degli ultimi decenni è stata improntata sulla sostenibilità ed

no a cura di A. Zoppini, *La proprietà dell'impresa*, il Mulino 2005; S. Rose-Ackerman (a cura di), *The Economics of Nonprofit Organizations: Studies in Structure and Policy*, Oxford University Press 1986.

4. In argomento, per tutti, v. A. Fusaro, *Gli Enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, cit., p. 4 ss.

5. In argomento, per tutti, v. gli scritti pubblicati in *Il lucro sostenibile. Obiettivi e ruolo delle imprese tra comunicazione e realtà*, a cura di G. Olivieri, F. Vella e G.D. Mosco, in *Analisi giur. dell'econ.*, 2022, 1, p. 7 ss.

6. La questione è stata affrontata anche nella dottrina tedesca da J. Hilgers-Sekowsky, N. Richter e N. Ermel (a cura di), *Nachhaltigkeit in Nonprofit-Organisationen. Transdisziplinäre Perspektiven für ein zukunftsfähiges Management*, Springer 2023. Nel *Vorwort* le curatrici affermano correttamente che «Für die Umsetzung von nachhaltigem Denken und Handeln auf der Basis der 17 SDGs [Sustainable Development Goals] ist in demokratischen Gesellschaften eine gemeinsame Anstrengung aller gesellschaftlichen Gruppen und Beteiligten erforderlich. Nachhaltigkeit, als eine der komplexesten und Dringendsten Herausforderung unserer Zeit, erfordert, um Entscheidungen zu finden, sowohl multiperspektivische Betrachtungen und Bewertungen als auch den Einbezug multipler Akteur*innen. Hier sind neben der Zivilgesellschaft sowohl Profit- als auch Nonprofit-Organisationen gefragt» (p. V). V. anche P. Stepanek, *Sozialwirtschaft nachhaltig managen. Eine Einführung*, Springer 2022, il quale sottolinea che occorre adottare misure concrete per attuare la sostenibilità ecologica economica e sociale ed evidenzia che «Alle Wirtschafts- und Gesellschaftsbereiche sind gefordert, ihren Beitrag zu leisten. Das bezieht auch die Sozialwirtschaft und die soziale Arbeit mit ein» (p. V); M. Gmür, H. Lichtsteiner, K. Stuhlmann, P. Erpf e R.C. Andeßner, *Das Freiburger Management-Modell für Nonprofit-Organisationen*, 10 ed., VMI 2023; D. Greiling, *Nachhaltigkeitsberichterstattung: Eine Rechenschaftslegungsinnovation für Nonprofit-Organisationen?*, in M.V. Fröse, B. Naake e M. Arnold (a cura di), *Führung und Organisation – Neue Entwicklungen im Management der Sozial- und Gesundheitswirtschaft*, Springer 2019, p. 91 ss.; K. Spraul, *Nonprofit-Organisationen und Nachhaltigkeit – Stand der Forschung und Perspektiven*, in L. Theuvsen, R.C. Andeßner, M. Gmür e D. Greiling (a cura di), *Nonprofit-Organisationen und Nachhaltigkeit*, Springer 2017.

è davvero imponente: a tacer d'altro, si pensi all'Agenda ONU 2030 e agli obiettivi da questa fissati (i c.dd. 17 *SDG*), a *Next Generation UE*, al *Green New Deal*, al PNRR, alla riforma della Costituzione di vari Stati UE. Non ostante alcune tendenze (anche politiche) negazioniste presenti in diversi Paesi che stanno voltando le spalle a questa *policy*, si può sicuramente discorrere di una svolta fondata sulla sostenibilità che impatta su tutti gli aspetti della realtà (economici, ambientali e sociali) e conseguentemente del diritto.

Il concetto di sviluppo sostenibile non è facilmente definibile in maniera univoca. La prima moderna definizione della sostenibilità è stata presentata nel 1987 dalla *World Commission on Environment and Development (WCED)*⁷ nel celebre rapporto *Our Common Future*, noto come *Brundtland Report*⁸, approvato dall'ONU⁹, che ne ha diffuso la definizione e ancora oggi influenza in modo determinante la discussione in materia¹⁰. Detto rapporto identifica come sostenibile lo «sviluppo che soddisfi i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri». Secondo il glossario predisposto dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), la sostenibilità è «la continuità dei benefici prodotti da un intervento di sviluppo dopo la sua conclusione e la probabilità di ottenere benefici di lungo periodo. Il criterio verifica inoltre la resistenza al rischio dei flussi di benefici netti nel corso del tempo»¹¹. Il concetto, rispetto alle sue prime versioni, ha fatto registrare

7. Nel 1983 l'ONU ha istituito la *World Commission on Environment and Development (WCED)* quale commissione indipendente di esperti con sede a Ginevra, la quale venne allora diretta dalla Prima Ministra norvegese Gro Harlem Brundtland.

8. Il *Brundtland Report* è consultabile alla U.R.L.: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>.

9. Il rapporto è stato approvato dalla UN-General Assembly, *Report of the World Commission on Environment and Development*, 11 December 1987, UN-Doc. A/RES/42/187, scaricabile a questo indirizzo: <https://digitallibrary.un.org/record/153026?v=pdf>.

10. Sulla sostenibilità nel diritto internazionale, v., per tutti, B. Spießhofer, *Nachhaltigkeit im Völkerrecht*, in *WiR-Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (a cura di), *Nachhaltigkeit im Wirtschaftsrecht*, Linde Verlag 2023, p. 77 ss.

11. Per un primo riferimento, da varie prospettive, sulla sostenibilità, v. P. Perlingieri, «Sostenibilità», *ordinamento giuridico e «retorica dei diritti»*, in *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss.; E. Caterini, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, ESI 2018; G. Bologna, *Manuale della sostenibilità. Idee, concetti, nuove discipline capaci di futuro*, 2 ed., Giuffrè 2008; L. Castellucci, *Sviluppo sostenibile*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani 2012; H.E. Daly, *Oltre la crescita. L'economia dello sviluppo sostenibile*, Edizioni di Comunità 2001; L. Davico, *Sviluppo sostenibile*.

una profonda evoluzione che, partendo da una visione improntata preminentemente sugli aspetti ecologici, è approdata verso un significato più globale, che tenesse conto, oltre che della dimensione ambientale, di quella economica e di quella sociale. I tre aspetti sono stati comunque considerati in un rapporto sinergico e sistemico e, combinati tra loro in diversa misura, sono stati impiegati per giungere a una definizione di progresso e di benessere che superasse in qualche modo le tradizionali misure della ricchezza e della crescita economica basate sul PIL. La sostenibilità, dunque, ha oggi molte accezioni: ambientale, finanziaria, economica, istituzionale, socioculturale, tecnologica¹².

Il principio di sostenibilità è menzionato anche nell'art. 3, § 3, TUE, per il quale «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico». A livello europeo si delinea così una costituzione economica *green*, in cui i paradigmi dell'economia di mercato aperta in regime di libera concorrenza devono essere rimodellati in attuazione del principio di sostenibilità, contemplato da tempo nel TFUE, e della solidarietà intergenerazionale. Si deve dunque far evolvere il modello di economia sociale di mercato in quello dell'economia sociale e sostenibile di mercato.

In questo complessivo contesto non deve sorprendere il fatto che gli atti internazionali menzionano anche gli enti *non profit* ai fini della realizzazione dello sviluppo sostenibile. In proposito, va rilevato che già nel *Brundtland Report* si sottolinea il ruolo essenziale delle organizzazioni *non profit*¹³ e il concetto di *nongovernmental organisations* è

Le dimensioni sociali, Carocci 2004. Nella letteratura straniera, senza pretesa alcuna di completezza, v. A.-C. Mittwoch, *Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht*, Mohr Siebeck 2022; *Nachhaltigkeit im Wirtschaftsrecht*, a cura di *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, Linde Verlag 2023; T. Dedeurwaerdere, *Sustainability Science for Strong Sustainability*, Université catholique de Louvain, 2013; D. Griggs, M. Stafford-Smith, O. Gaffney, J. Rockström, M. C. Öhman, P. Shyamsundar, W. Steffen, G. Glaser, N. Kanie e I. Noble, *Policy: Sustainable development goals for people and planet*, in *Nature*, n. 495, 2013, p. 305 ss.; L. Di Nella, *La giurisprudenza costituzionale tedesca sulla sostenibilità: riflessioni sulle modalità applicative del principio*, in *Intelligenza artificiale sostenibile e diritto civile*, a cura di C. Alvisi e L. Di Nella, ESI, 2025, p. 85 ss.

12. In argomento, per tutti, v. A. D'Aloia e R. Bifulco (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli di sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene 2008.

13. Nella *Our Common Future*, *Chairman's Foreword del Report* Gro Harlem

menzionato ben 72 volte¹⁴. Allo stesso modo, la Risoluzione dell'ONU sull'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile esplicitamente sottolinea in più parti il necessario contributo del settore *non profit*¹⁵.

Brutland scrive che la *World Commission on Environment and Development* «call for a common endeavour and for new norms of behaviour at all levels and in the interests of all. The changes in attitudes, in social values, and in aspirations that the report urges will depend on vast campaigns of education, debate and public participation. To this end, we appeal to 'citizens' groups, to non governmental organizations, to educational institutions, and to the scientific community. They have all played indispensable roles in the creation of public awareness and political change in the past. They will play a crucial part in putting the world onto sustainable development paths, in laying the groundwork for Our Common Future. In the final analysis, this is what it amounts to: furthering the common understanding and common spirit of responsibility so clearly needed in a divided world» (p. 8 s.).

14. Così, J. Hilgers-Sekowsky, N. Richter e N. Ermel, *Nachhaltigkeit als transdisziplinäre Herausforderung für Nonprofit-Organisationen – Eine Einführung*, in J. Hilgers-Sekowsky, N. Richter e N. Ermel (a cura di), *Nachhaltigkeit in Nonprofit-Organisationen. Transdisziplinäre Perspektiven für ein zukunftsfähiges Management*, cit., p. 5 s., le quali osservano che nel rapporto il concetto di economia è menzionato 134 volte e quello di politica 335; K. Spraul, *Nonprofit-Organisationen und Nachhaltigkeit – Stand der Forschung und Perspektiven*, in L. Theuvsen, R.C. Andreßner, M. Gmür e D. Greling (a cura di), *Nonprofit-Organisationen und Nachhaltigkeit*, cit., p. 11.

15. V. la Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale il 25 settembre 2015 – 70/1. *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, in <https://unric.org/it/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/Agenda-2030-Onu-italia.pdf>, ove si leggono i seguenti passaggi. «I governi, le organizzazioni internazionali, il settore commerciale, altri attori ed individui non statali devono contribuire a cambiare modelli di consumo e produzione non sostenibili, anche attraverso la mobilitazione di un'assistenza finanziaria e tecnica da tutte le fonti possibili per rinforzare le capacità innovative, tecnologiche e scientifiche dei paesi in via di sviluppo, verso modelli di consumo e di produzione più sostenibili» (p. 8). La «Partnership Globale rivalizzata» «Promuoverà un impegno globale intensivo per supportare la realizzazione di tutti gli obiettivi e i traguardi, unendo i governi, il settore privato, la società civile, il sistema delle Nazioni Unite e altri attori, e mobilitando tutte le risorse disponibili» (p. 10). Quindi, più puntualmente, «Riconosciamo il ruolo del variegato settore privato per l'attuazione dell'Agenda, dalle micro-imprese alle cooperative alle multinazionali, e il ruolo delle organizzazioni della società civile e delle organizzazioni filantropiche» (p. 10). «I governi e le istituzioni pubbliche lavoreranno da vicino sull'implementazione con le autorità regionali e locali, le istituzioni subregionali, le istituzioni internazionali, il mondo accademico, le organizzazioni filantropiche, i gruppi di volontariato, e altri ancora» (p. 11). «“Noi popoli” è il celebre incipit della Carta delle Nazioni Unite. Siamo “noi popoli” ad imbarcarci oggi sulla strada per il 2030. Il nostro viaggio coinvolgerà governi e parlamenti, il sistema delle Nazioni Unite e di altre istituzioni internazionali, autorità locali, le popolazioni indigene, la società civile, le imprese e il settore privato, la comunità scientifica e accademica – e tutte le persone» (p. 12).

Non sembra quindi dubitabile che gli enti non lucrativi possano essere chiamati a svolgere la loro parte nella realizzazione dello sviluppo sostenibile. Occorre però verificare giuridicamente la fattibilità di un siffatto coinvolgimento.

3. Le attività economiche degli enti non lucrativi

A volte, gli enti non lucrativi svolgono attività economiche oppure sono titolari persino di imprese di relevantissimo significato che costituiscono dei veri e propri mercati. Si pensi alle federazioni sportive internazionali, come la UEFA, la FIFA e la FIA, e al CIO, tutti soggetti di diritto privato che sono organizzatori di eventi sportivi che generano, in modo diretto e indiretto, ricchezza pari, se non addirittura superiore, a quella delle più grandi imprese, anche multinazionali¹⁶. Ma si pensi anche a livello italiano alle corrispondenti federazioni nazionali, che hanno *ex art. 15, comma 2, d.lgs. n. 242 del 1999* «natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato», e alle attività economiche di alcune di queste, nonché ad altre realtà associative che generano significative entrate per la realizzazione dei loro scopi. Vanno altresì menzionate le fondazioni, come quelle bancarie e non solo, che possono essere titolari di significative attività. Pertanto, gli enti *non profit* nel loro insieme svolgono attività economiche e creano una ricchezza rilevante per il Paese¹⁷.

16. Cfr., su tale qualificazione, E. Maio, *L'organizzazione internazionale*, in *Manuale di diritto dello sport*, a cura di L. Di Nella, E. Indraccolo, A. Lepore, P. Del Vecchio e S. Palazzo, 2 ed., ESI 2021, p. 89 ss.; B. Pfister e T. Summerer, *Der Status Internationaler Sportverbände*, in J. Fritzweiler, B. Pfister e T. Summerer, *Praxishandbuch Sportrecht*, 4 ed., CH Beck 2020, p. 622 ss.

17. Fondazioni ed enti *non profit* valgono 10 miliardi di euro nella Borsa di Milano. In Italia ci sono attualmente 88 fondazioni bancarie, le quali dispongono di ingenti patrimoni che devono investire in attività diversificate, prudenti e fruttifere, di modo che i proventi vengano impiegati nei territori di competenza, in attività di valore sociale o filantropico. Secondo la classifica annuale di *MilanoFinanza* (aggiornata al 2 agosto 2023) la fondazione più ricca di Piazza Affari è la Compagnia di San Paolo, con 4 miliardi e 186 milioni di euro (l'anno precedente erano 3 miliardi e 114 milioni), derivanti dagli investimenti in Intesa Sanpaolo e in Iren. Al secondo posto si posiziona la Fondazione Cariplo con 3 miliardi e 390 milioni (a fronte di 2 miliardi e 524 milioni dell'anno prima) e investimenti in Intesa Sanpaolo e nella holding BF. Al terzo posto vi è la Fondazione CRT Torino con il valore di un miliardo e 933 milioni di euro (contro il miliardo e 407 milioni dell'anno precedente), la quale è titolare di quote di Iren, Generali, Unicredit e Banco BPM. Delle quotate a Piazza Affari, lasciando da parte gli altri enti *non profit* come le casse previdenziali degli ordini professionali, sono queste tre le

A differenza delle società commerciali, nelle associazioni sono precluse sia la ripartizione tra gli associati degli utili eventualmente realizzati attraverso l'esercizio dell'attività dell'ente, sia l'attribuzione agli stessi di vantaggi atti a soddisfare un loro interesse di natura economica (preclusione del c.d. lucro soggettivo). Non è tuttavia escluso che gli associati possano trarre, seppure solo indirettamente, vantaggi economici dall'agire dell'associazione (ad esempio, i lavoratori che beneficiano delle conquiste salariali del sindacato, ma non in quanto iscritti, bensì in forza dei contratti individuali di lavoro da ciascuno stipulati con il proprio datore). Del pari, non è escluso che gli associati possano fruire tramite l'associazione di servizi suscettibili di valutazione economica (ad esempio, gli iscritti al circolo di *tennis*, ammessi a fruire dei campi di gioco, della *club house*, delle lezioni dei maestri ecc.), sempre che detti servizi risultino funzionali al soddisfacimento di un interesse ideale (ad esempio, l'interesse all'esercizio di un'attività sportiva e all'impiego del tempo libero).

Nella dottrina classica si sottolinea che non deve confondersi lo scopo perseguito dall'ente con l'attività dallo stesso svolta per realizzarlo¹⁸. Tuttavia, si deve rilevare che l'attività economica può ben essere parte dello scopo stesso, come prevede in alcuni casi la normativa di settore¹⁹. Per quanto riguarda le associazioni, è ormai pacificamente acquisito che le stesse, al pari delle società, possono svolgere attività economica di produzione o scambio di beni o di servizi, ossia attività di impresa (art. 2082 c.c.)²⁰. E possono svolgerla non soltanto in via secondaria, al fine di procurarsi entrate da destinare al perseguimento del loro scopo (es., associazione sportiva che commercializza *gadgets* con i colori della propria squadra per finanziare la propria attività), ma anche in via principale o addirittura esclusiva (es., associazione di concertisti che organizza spettacoli a pagamento aperti al pubblico, al fine di diffondere la

uniche sopra il miliardo di euro. La Fondazione Cassa di Risparmio di Alessandria, per esempio, vale 11,1 milioni di euro (investiti in Banca Sistema e Kruso Capital), mentre quella di Cuneo arriva a 10 milioni.

18. Per tutti, v. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica e i soggetti*, Giuffrè 1990, pp. 302 ss. per le fondazioni, 322 s. e 338 s. per le associazioni, 358 s. per i comitati.

19. V., M. Basile, *Le persone giuridiche*, cit., p. 72 ss., ove si rinviene un'ampia esposizione delle normative che contemplano questa contaminazione tra scopo e attività economica degli enti collettivi *non profit*.

20. V., per tutti, A. Fusaro, *L'associazione non riconosciuta – Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991, p. 138 e Id., *Le associazioni imprenditrici e il registro delle imprese*, in *Contr. impr.*, 1995, p. 617 ss.

cultura musicale). Essenziale è soltanto che sia statutariamente escluso il lucro soggettivo: gli utili eventualmente conseguiti tramite l'esercizio di dette attività non possono essere distribuiti tra gli associati.

Peraltro, va rilevato che l'art. 1, comma 3, d.P.R. n. 361 del 2000 richiede almeno formalmente ai fini del riconoscimento della personalità giuridica agli enti *non profit*, tra l'altro, soltanto «che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo»: non viene pretesa la natura morale dello stesso.

Si assiste dunque, quanto meno, ad un'attenuazione del classico confine tra società commerciali ed enti *non profit* dal punto di vista dell'attività svolta: in dottrina si discorre di «commercializzazione» degli enti del Libro I del codice civile²¹ e di superamento della dicotomia tra *profit* e *non profit* e di neutralità delle forme giuridiche²².

In tal senso, significativo è l'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 14 del 2019 che dispone l'applicazione del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza alle «situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici». Inoltre, va menzionato anche il d.lgs. n. 112 del 2017, il quale disciplina l'impresa sociale, per tale intendendosi quella volta all'esercizio senza fini di lucro, in via stabile e principale, di un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale diretta a realizzare finalità di interesse generale²³. Questa normativa consente che la stessa sia gestita anche da «enti di cui al libro V del codice civile», ossia da società che, al pari degli enti di cui al Libro I del codice civile, verrebbero così ammesse ad operare senza scopo lucro, ove abbiano ad oggetto principale l'esercizio di un'impresa sociale²⁴.

Interessante è altresì menzionare la nozione di impresa delineata da molto tempo ai sensi del diritto *antitrust* italo-unionale. Il soggetto preso in considerazione dall'art. 101, § 1, TFUE è qualificato come «impresa» o come «associazione di imprese». Entrambe le espressioni sono

21. V., G. Marasà, *La 'commercializzazione' degli enti del Libro I del Codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 2, p. 210 ss.

22. Così, M. Epifania, *Neutralità delle forme giuridiche degli enti e acquisto dell'eredità*, ESI 2025, p. 17 ss., spec. 55 ss.

23. Sulle imprese sociali, v. A. Fusaro, *Gli Enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, cit., p. 199. ss.

24. In artomento, v. ancora A. Fusaro, *Gli Enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, cit., p. 105 ss.

utilizzate da tempo in senso molto ampio in quanto comprendono ogni tipo e specie di soggetto economico, che abbia o meno fine di lucro, sia esso una società, un gruppo, un'associazione, una persona fisica, un soggetto di diritto pubblico e così via (ad esempio, un inventore indipendente che concede delle licenze di sfruttamento di brevetti relativi ad una sua invenzione, un professionista, un'organizzazione che produce servizi, una federazione sportiva, le società *non profit* che regolano i diritti degli autori e degli editori, gli ordini professionali, le aziende municipalizzate, le associazioni di categoria ecc.)²⁵.

La nozione in esame esprime dunque un concetto di impresa più ampio di quella dell'art. 2082 cod. civ., giacché questa è considerata dalla prospettiva funzionale degli effetti che le intese o le decisioni associative producono nel mercato interno²⁶. Al fine di non restringere arbitrariamente l'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE e di conseguenza dell'art. 2 l. n. 287 del 1990 a discapito degli obiettivi che la concorrenza è chiamata a perseguire nel mercato interno e in quello italiano, detto concetto è stato costruito in modo autonomo dalle autorità *antitrust*. Si ha così impresa ogni volta che ci si trovi di fronte ad un soggetto che svolga attività economica tale da poter ridurre, anche soltanto in potenza, la concorrenza nel mercato²⁷. Questo termine ricomprende

25. Sul concetto comunitario di impresa, *ex multis*, v. già V. Emmerich, *Kartellrecht*, 10 ed., CH Beck 2006, p. 28 ss.; R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker e S. Hirsbrunner, *EG-Kartellrecht. Kommentar*, CH Beck 2005, p. 14 ss.; L. Di Via, *L'impresa*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, 2 ed., Cedam 2003, p. 54 ss.; V. Donativi e C.L. Appio, *sub art. 81 Tratt. CE*, cit., p. 2030 ss.; D. Corapi e B. de Donno, *L'impresa*, in *Il diritto privato dell'Unione europea* (a cura di Tizzano), *Tratt. dir. priv.* Bessone, XXVI, 1, Giappichelli 2000, p. 953 ss.; M.T. Cirenei, *Le società di diritto «speciale» tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e «poteri speciali»*, in *Dir. comm. int.*, 1996, p. 771; G. Guizzi, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 277 ss.; A. Frignani e M. Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4 ed., UTET 1996, p. 17 ss.; F. Galgano, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contr. impr./Europa*, 1997, p. 1 ss.; A. Grisoli, *Impresa comunitaria*, in *Enc. giur.*, Treccani, XVI, Roma, 1989, p. 1 ss.; A. Spadafora, *La nozione comunitaria di impresa*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 283 ss.; P. Verrucoli (a cura di), *La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè 1977; R. Franceschelli, *L'impresa comunitaria*, in *Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, V, Morano 1968, p. 2159 ss.

26. In argomento, v., per tutti, G. Guizzi, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, cit., p. 280; V. Donativi e C.L. Appio, *sub art. 2 l. antitrust*, in L.C. Ubertazzi (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, cit., p. 2030 ss.; AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta*, 1995, p. 126.

27. Tribunale I grado, 17 dicembre 1991, Enichem Anic, in *Raccolta*, 1991, II, p.

dunque qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico della stessa e dalle modalità di finanziamento, intendendosi per attività economica qualsiasi attività che consista nella prestazione di beni o servizi in di un determinato mercato²⁸. La ricerca del profitto, lo scopo di lucro e la forma giuridica rivestita non sono essenziali alla qualificazione di un ente in termini di impresa. Su questa scia, da parte sua, l'Autorità italiana *antitrust* ha applicato la l. n. 287 del 1990 alla S.I.A.E., alla Federazione Italiana Vela, agli amministratori di condomini, alle fondazioni che controllano le aziende di credito e agli ordini professionali²⁹. Si può dunque agevolmente qualificare l'attività economica eventualmente svolta dagli enti non lucrativi come impresa ai sensi del diritto *antitrust*, ricorrendone gli elementi sopra indicati.

In sintesi, è indiscutibile che anche il mondo *non profit* eserciti, direttamente o indirettamente, attività di natura economica³⁰ e imprendi-

1623 ss.; Corte di Giustizia, 18 giugno 1998, Commissione c. Repubblica Italiana, *ivi*, 1998, I, p. 3851 ss. In letteratura, R. Whish, *Competition Law*, 5 ed., Oxford University Press 2003, p. 61; C.W. Bellamy e G. Child, *European Community Law of Competition*, 6 ed., Oxford University Press, 2007, p. 39; M. Bertani, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Giuffrè 2000, p. 109 ss.

28. Al contrario, è incompatibile con la qualificazione di impresa lo svolgimento di un'attività che comporta l'esercizio di pubblici poteri, con la conseguenza che un ente che agisce in veste di pubblica autorità non è sottoposto alle regole della concorrenza. Non sono altresì considerati come imprese alcuni enti che sono strumento di politiche di interesse generale e che godono pertanto di prerogative del pubblico potere, ossia che esercitano un'attività specifica dei pubblici poteri o svolgono una funzione di carattere prevalentemente sociale. Tra le attività non imprenditoriali vanno quindi annoverate quelle relative alle attribuzioni fondamentali del potere pubblico in settori quali l'amministrazione generale e fiscale, la giustizia e la difesa nazionale. Nella Causa C-364/1994, *Sat Fluggesellschaft GmbH c. Organisation européenne sécurité navigation*, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 9 ss., relativa ad una controversia sulla riscossione dei contributi di transito dovuti da una società di navigazione per i voli che questa aveva effettuato durante un determinato lasso di tempo, la Corte ha stabilito che le attività di tale ente (cui era affidata anche l'organizzazione comune dei servizi di navigazione aerea nei cieli dei paesi firmatari di una apposita convenzione) per la natura, l'oggetto e le norme applicabili si ricollegano all'esercizio di prerogative relative al controllo e alla polizia dello spazio aereo, tipiche dei poteri pubblici.

29. Secondo la sentenza di cui alla Causa T-513/93, Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali CNSD c. Commissione, in *Dir. comm. int.*, 2001, p. 732 ss., con riguardo all'art. 85, n. 1, Tratt. Ce (ora art. 81 Ce), essendo l'attività degli spedizionieri doganali un'attività economica ed essendo quindi gli spedizionieri considerati imprese ai sensi del menzionato art. 85, se ne deve concludere che il CNSD è un'associazione d'impresa ai sensi di questo articolo.

30. Sul punto, v. gli scritti pubblicati in S. Rose-Ackerman (a cura di), *The Economics of NonProfit Institutions: Studies in Structure and Policy*, cit.

toriale e generi un profitto, discorrendosi in tal caso di lucro in senso oggettivo in quanto normalmente gli utili non sono distribuibili tra i membri di tali enti, anche se la legge prevede alcune deroghe a tale divieto relative a diversi soggetti, quali ad esempio le società del terzo settore e le società sportive³¹. Vi è dunque, almeno in parte, una sostanziale affinità tra le società commerciali e gli enti *non profit* dal punto di vista dell'attività esercitata, la quale agevola l'estensione della normativa sulla sostenibilità a questi ultimi soggetti.

4. La disciplina delle attività economiche delle associazioni, fondazioni e comitati nonché delle federazioni sportive nazionali, delle discipline sportive associate e degli enti dilettantistici

L'analisi delle norme civilistiche e di diritto speciale in materia di enti *non profit* sembra fornire ulteriori elementi a supporto di quanto sopra delineato. Anche la suddetta disciplina, infatti, sembra presupporre e/o delineare lo svolgimento di attività economiche da parte degli enti in esame.

Innanzitutto, l'art. 21, comma 1, c.c. discorre di «deliberazioni di approvazione del bilancio», il quale è dunque collegato allo svolgimento di attività economiche che possono essere rivolte all'esterno e/o all'interno dell'ente. Come già indicato, alle associazioni, alle fondazioni e ai comitati sono precluse sia la ripartizione degli utili eventualmente realizzati attraverso l'esercizio dell'attività dell'ente, sia l'attribuzione agli stessi di vantaggi atti a soddisfare un loro interesse di natura economica (preclusione del c.d. lucro soggettivo). Non è, tuttavia, escluso che gli associati possano trarre, seppure solo indirettamente, vantaggi economici dall'agire dell'associazione. Del pari, non è escluso che gli associati e i terzi possano fruire tramite l'associazione di servizi suscettibili di valutazione economica, sempre che detti servizi risultino funzionali al soddisfacimento di un interesse ideale.

La riforma del terzo settore ha inserito nel codice civile l'art. 42-*bis* che disciplina la trasformazione, la fusione e la scissione degli enti del libro primo e del d.lgs. n. 117 del 2017³². Se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non

31. In argomento si rinvia *infra* ai §§ 4 e 5.

32. V., in argomento, fra gli altri, M. Basile, *Le persone giuridiche*, cit., p. 435 ss.; F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo Settore*, in *Riv. notar.*, 2018, 1, p. 29 ss.

riconosciute e le fondazioni possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni. La trasformazione produce gli effetti di cui all'art. 2498 c.c. L'organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione, nonché la relazione di cui all'art. 2500-*sexies*, comma 2, c.c.; si applicano inoltre gli artt. 2499, 2500, 2500-*bis*, 2500-*ter*, co. 2, 2500-*quinquies* e 2500-*novies* c.c. in quanto compatibili. Alle fusioni e alle scissioni sono applicabili, rispettivamente, le disposizioni di cui alle Sezioni II e III del Capo X, Titolo V, del Libro V, anche in tal caso entro i limiti della compatibilità. Gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni, per i quali il Libro V prevede l'iscrizione nel registro delle Imprese, sono iscritti nel registro delle persone giuridiche ovvero, nel caso di enti del terzo settore, nel relativo registro unico nazionale³³.

Le federazioni sportive nazionali e le discipline sportive associate sono regolate dall'art. 15 ss. del d.lgs. n. 242 del 1999 che detta per loro una disciplina speciale in aggiunta, per quanto non previsto, a quella del codice civile e delle disposizioni di attuazioni. Il comma 2, prevede espressamente che le federazioni «non perseguono fini di lucro». Tuttavia, il comma 3 dispone che i «bilanci delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate sono approvati annualmente dall'organo di amministrazione federale e sono sottoposti alla approvazione della Giunta nazionale del CONI».

Il Capo I del Titolo II (artt. 6-12) del d.lgs. n. 36 del 2021 è dedicato alle associazioni e alle società sportive dilettantistiche³⁴. L'art. 6, comma 1, dispone che gli enti sportivi dilettantistici indichino nella denominazione sociale la finalità sportiva e la ragione o la denominazione sociale dilettantistica e contempla la forma giuridica che detti soggetti possono assumere, lasciando dunque loro la libertà di scegliere tra le seguenti opzioni: a) associazione sportiva priva di personalità giuridica disciplinata dagli artt. 36 ss. c.c.; b) associazione sportiva con personalità giuridica di diritto privato; c) società di capitali e cooperative di cui al Libro V, Titoli V e VI, del codice civile; c-*bis*) enti del terzo settore costituiti ai sensi dell'art. 4, comma 1, cts, iscritti al registro unico nazionale del

33. Su questi argomenti, v. A. Fusaro, *Gli Enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, cit., p. 229 ss.

34. In argomento, v., per tutti, i saggi pubblicati in *La riforma dello sport*, a cura di D. Barone, D. Boggiali e R. Guglielmo, in *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 2024, 2, p. 9 ss.

terzo settore e che esercitano, come attività di interesse generale, l'organizzazione e la gestione di attività sportive dilettantistiche e sono iscritti al registro delle attività sportive dilettantistiche di cui all'art. 10 d.lgs. n. 36/2021.

L'art. 7 d.lgs. n. 36/2021 regola l'atto costitutivo e lo statuto dettando norme speciali che si aggiungono a quelle poste dalle altre normative applicabili. In particolare, va evidenziato che per le associazioni e le società dilettantistiche nello statuto devono essere espressamente previsti, tra gli altri, l'assenza di fini di lucro ai sensi dell'art. 8 d.lgs. n. 36/2021 (lett. *d*), l'obbligo di redazione di rendiconti economico-finanziari, le modalità di approvazione degli stessi da parte degli organi statutari (lett. *f*) nonché l'obbligo di devoluzione ai fini sportivi del patrimonio in caso di scioglimento delle società e delle associazioni (lett. *b*).

Come già scritto, l'art. 8 disciplina l'assenza del fine di lucro, prevedendo innanzi tutto che le associazioni e le società dilettantistiche destinino eventuali utili e avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o all'incremento del proprio patrimonio (comma 1)³⁵. A tal fine, è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominati, agli associati, ai lavoratori e collaboratori, agli amministratori e agli altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di qualsiasi altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto (comma 2). Ai sensi e per gli effetti ora illustrati, si applicano il comma 2, ultimo periodo, e il comma 2-*bis* dell'art. 3 cts (comma 2). L'art. 8, comma 3, prevede però una eccezione al suddetto divieto: se costituiti nelle forme di società di capitali e cooperative di cui al Libro V, Titoli V e VI, del codice civile, gli enti dilettantistici possono destinare una quota inferiore al cinquanta per cento degli utili e degli avanzi di gestione annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti:

35. L'art. 8 riproduce pressoché fedelmente in molte parti il testo del comma 1 dell'art. 3, intitolato «Assenza di scopo di lucro», d.lgs. n. 112 del 2017: «1. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 16, l'impresa sociale destina eventuali utili ed avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio». Il comma 2 primo periodo, del suddetto articolo dispone che, «Ai fini di cui al comma 1, è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominati, a fondatori, soci o associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di qualsiasi altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto. Nelle imprese sociali costituite nelle forme di cui al libro V del codice civile è ammesso il rimborso al socio del capitale effettivamente versato ed eventualmente rivalutato o aumentato nei limiti di cui al comma 3, lettera a)».

- ad aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato dai soci, nei limiti delle variazioni dell'indice nazionale generale annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati, calcolate dall'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) per il periodo corrispondente a quello dell'esercizio sociale in cui gli utili e gli avanzi di gestione sono stati prodotti, oppure
- alla distribuzione, anche mediante aumento gratuito del capitale sociale o l'emissione di strumenti finanziari, di dividendi ai soci, in misura comunque non superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato.

Le disposizioni di cui al primo periodo del comma 3 non si applicano però agli enti costituiti nelle forme delle società cooperative a mutualità prevalente di cui all'art. 2512 c.c.

Nello stesso senso, per l'art. 8, comma 4, negli enti dilettantistici che assumono le forme di società di capitali e cooperative di cui al Libro V, Titoli V e VI, del codice civile è ammesso il rimborso al socio del capitale effettivamente versato ed eventualmente rivalutato o aumentato nei limiti di cui al comma 3.

Inoltre, al fine di incoraggiare l'attività di avviamento e di promozione dello sport e delle attività motorie, la quota di cui al comma 3 è aumentata fino all'ottanta per cento per gli enti dilettantistici di cui al medesimo comma 3, diversi dalle società cooperative a mutualità prevalente di cui all'art. 2512 c.c., che gestiscono piscine, palestre o impianti sportivi in qualità di proprietari, conduttori o concessionari³⁶.

Molto importante, per quanto qui interessa, è anche il testo dell'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 36/2021 relativo alle attività secondarie e strumentali: le associazioni e le società dilettantistiche possono esercitare attività diverse da quelle principali di cui all'art. 7, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 36/2021 a condizione che l'atto costitutivo o lo statuto lo consentano e che abbiano carattere secondario e strumentale rispetto alle attività istituzionali, secondo criteri e limiti definiti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o dell'Autorità politica da esso delegata in materia di sport, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Il comma 1-*bis* precisa che i proventi derivanti da rapporti di sponsorizzazione, promo pubblicitari, cessione di diritti e indennità legate alla formazione degli atleti nonché dalla gestione di impianti e strutture sportive sono esclusi dal computo dei criteri e dei limiti da definire con il suddetto decreto.

36. L'efficacia di tale misura è subordinata all'autorizzazione della Commissione Europea ai sensi dell'art. 108, § 3, TFUE (art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 36/2021).

5. La disciplina delle attività economiche degli enti del terzo settore

Anche per gli ets valgono discorsi analoghi. Come noto, tale ambito è costituito da un insieme di enti giuridici con particolari caratteristiche che li identificano e distinguono da tutti gli altri enti (inclusi quelli appartenenti al ‘primo’ – enti pubblici – e al ‘secondo’ settore – enti con scopo di lucro). Secondo l’art. 4, comma 1, cts, «sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del terzo settore»³⁷.

Dalla definizione per esteso richiamata, letta in collegamento con altre norme del codice del terzo settore, si evince che tra gli elementi essenziali dell’ets sono lo svolgimento in via esclusiva, o quanto meno principale, di una o più attività di interesse generale, in forma non solo gratuita, volontaria o erogativa, ma anche mutualistica o imprenditoriale e l’agire senza scopo di lucro, in conformità a quanto più specificamente disposto dall’art. 8 cts. Solo per alcune imprese sociali è ammessa una parziale lucratività, cioè la possibilità di distribuire dividendi ai soci entro determinati limiti oggettivi e soggettivi.

Secondo l’art. 5, comma 1, cts, gli «enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali, esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale».

La disciplina dell’attività di interesse generale dell’ets è così riassumibile. L’ente deve svolgere una o più attività di interesse generale di cui all’art. 5, comma 1, cts. Non sussiste dunque l’obbligo di svolgere una sola delle attività indicate nella lista, ma è anzi espressamente contemplata l’opposta possibilità. L’attività di interesse generale deve essere esercitata in via esclusiva o principale: ciò significa che l’ente può svolgere anche attività diverse da quelle di cui all’art. 5, purché quella di

37. In argomento, v. A. Fusaro, *Gli Enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, cit., p. 35 ss. e spec. 65 ss.

interesse generale sia e rimanga “principale”. A tal riguardo, il successivo art. 6 cts specifica che tali eventuali attività diverse devono essere consentite dallo statuto dell’ets e devono essere secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale.

In linea di principio, detta attività di interesse generale può essere svolta in qualsiasi forma, sia erogativa, sia imprenditoriale, tanto in favore di terzi quanto dei propri associati. Specifici vincoli allo svolgimento dell’attività in una certa forma possono però valere per alcuni tipi di ets (ad esempio, le organizzazione di volontariato e le associazioni di promozione sociale). Parimenti, alcuni particolari ets (per esempio, le reti associative e le società di mutuo soccorso) sono vincolati allo svolgimento di una specifica attività di interesse generale. Le modalità di svolgimento dell’attività, a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi, sono rilevanti sotto il profilo fiscale, in particolar modo ai fini della distinzione tra ets commerciali e non commerciali, che è tracciata dall’art. 79 cts.

Un elenco particolare di attività di interesse generale è previsto per le imprese sociali e si trova all’art. 2, comma 1, cts, specificamente dedicato a questa particolare tipologia organizzativa del terzo settore. L’elenco è molto simile a quello di cui all’art. 5, comma 1, cts. Le uniche differenze consistono nella previsione dell’attività di microcredito, che, essendo per legge riservata alle società, non poteva essere contemplata per gli ets diversi dalle imprese sociali, e nell’assenza di alcune attività di interesse generale come la beneficenza, che, essendo intrinsecamente gratuite, non possono per definizione essere svolte in forma d’impresa (le imprese sociali sono ets necessariamente imprenditoriali).

Anche per le imprese sociali è previsto che l’attività d’impresa di interesse generale debba essere svolta in via principale. In questo caso, tuttavia, il legislatore detta già un criterio di determinazione, là dove prevede che «si intende svolta in via principale l’attività per la quale i relativi ricavi siano superiori al settanta per cento dei ricavi complessivi dell’impresa sociale», affidando in ogni caso ad un decreto ministeriale la definizione dei criteri di computo di questa percentuale minima. Anche per le attività di interesse generale delle imprese sociali si specifica che queste debbano essere svolte in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l’esercizio e il relativo elenco è aggiornabile con le stesse forme e modalità di quello generale di cui all’art. 5, comma 1, cts.

Tra le imprese sociali, le cooperative sociali possono svolgere soltanto alcune delle attività di interesse generale, segnatamente quelle di cui all’art. 1, comma 1, lett. a, l. n. 381 del 1991. Per le imprese sociali, inol-

tre, s'intende di interesse generale anche l'attività d'impresa nella quale, a prescindere dal suo oggetto, siano occupate persone svantaggiate o lavoratori molto svantaggiati nella percentuale minima del 30% dei lavoratori. L'art. 2, comma 4, d.lgs. n. 112 del 2017 identifica più puntualmente queste categorie di soggetti. Naturalmente, nulla impedisce di avere imprese sociali che occupino persone svantaggiate o lavoratori molto svantaggiati in un'attività d'impresa che sia anche di interesse generale ai sensi dell'art. 2, comma 1.

Pertanto, l'ets è un soggetto senza scopo di lucro. Ciò non significa che ad esso sia precluso svolgere attività remunerative, capaci cioè di generare un profitto, o esercitare una vera e propria attività d'impresa produttiva di utili. Quel che all'ets è impedito è distribuire eventuali utili o avanzi di gestione ai suoi associati, fondatori ecc., poiché le sue entrate di qualsiasi natura e in generale il suo patrimonio devono essere utilizzati per lo svolgimento dell'attività statutaria ai fini del perseguimento delle finalità istituzionali (art. 8, comma 1, cts). Per assicurare questa destinazione esclusiva, il medesimo art. 8 vieta la distribuzione indiretta di utili, ovverosia operazioni che abbiano oggetto diverso dall'assegnazione di utili, ma che tale assegnazione possano in qualche modo "incorporare", aggirando così il divieto di loro distribuzione diretta. Il divieto di distribuire utili e l'obbligo di reinvestirli nell'attività sono fattori organizzativi di grande impatto sull'attività di interesse generale e le sue modalità di svolgimento, soprattutto quando il rapporto tra fornitore ed utente è caratterizzato da asimmetria informativa, come è frequente che accada per molte attività di interesse generale, tra cui quelle di formazione, nelle quali l'utente ha difficoltà a stabilire *ex ante*, ed in molti casi anche a valutare *ex post*, la qualità del servizio che deve essergli o che gli è stato fornito e dunque l'adempimento delle obbligazioni contrattuali da parte del fornitore. In queste situazioni entra in gioco l'assenza di scopo di lucro. Se il fornitore ets agisce non motivato dalla volontà di far propri gli utili generati dall'attività, non è incentivato a sfruttare in proprio favore il *deficit* informativo dell'utente. Si riduce così il rischio di condotte opportunistiche in danno all'utente. Il divieto di scopo di lucro è dunque una componente organizzativa in grado di accrescere la qualità del servizio reso, tutelare l'utente e allo stesso tempo beneficiare l'ets, che grazie alla maggiore fiducia in esso riposta dagli utenti, può godere di un vantaggio competitivo rispetto agli altri enti.

Deve però ricordarsi che, tra tutti gli ets, solo l'impresa sociale in forma di società può distribuire utili ai soci in misura limitata. Il le-

gislatore è qui dovuto giungere ad un compromesso tra i benefici intrinseci nell'assenza di scopo di lucro e la necessità di dotare un ets imprenditoriale, come l'impresa sociale, di un necessario strumento di finanziamento, qual è il capitale di rischio. I vincoli alla distribuzione, tuttavia, unitamente al divieto di controllo dell'impresa sociale da parte di enti *for profit*, sicuramente attenuano il rischio di una deriva speculativa dell'impresa sociale.

6. Il potenziale impatto degli enti *non profit* sugli obiettivi della sostenibilità

L'idea della estensione del principio di sostenibilità al settore *non profit* viene supportata anche da due prospettive.

Da un lato, va rilevato che gli stessi enti non lucrativi consumano risorse (si pensi soltanto, tra gli altri, alle organizzazioni sportive) e pertanto sono tenuti a sfruttarle in modo sostenibile. Tuttavia, questo non viene sufficientemente sottolineato dalla collettività e dagli *stakeholders*, forse per il fatto che non viene colto questo lato delle loro attività, spesso considerate tuttora semplicisticamente “non economiche” quindi non impattanti sull'ambiente. In realtà, potenzialmente qualsiasi ente di questo ambito può generare effetti ecologicamente negativi nell'esercizio delle sue attività, pur se in misura differente secondo le dimensioni, gli scopi statutari e i mezzi utilizzati per perseguirli. Questo non deve però distogliere l'attenzione dalla necessità che anche il terzo settore debba operare in modo sostenibile. Pertanto, si ritiene che i soggetti *non profit* debbano iniziare a riorganizzare i propri processi e strutture in modo pianificato e sistematico nel senso della sostenibilità: il *management* è responsabile di questa evoluzione³⁸.

Dall'altro lato, occorre prendere atto del ruolo significativo che gli enti non lucrativi possono svolgere per promuovere lo sviluppo sostenibile in forma almeno di compito civile, loro riconosciuto, persino assegnato, unitamente alle pmi, dal *Bruntland Report* e dall'Agenda 2030³⁹. In questo caso vengono dunque in gioco il posizionamento delle organizzazioni *non profit* nella società e il ruolo di *social change agent* che

38. Cfr., R. Hahn, *Sustainability Management: Global Perspektive on Concepts, Instruments, and Stakeholders*, Rudiger Hahn Publisher 2022; U. Weber, J. Lühr e M. Johnson, *Nachhaltigkeitsmanagement mit System: Ein Leitfaden für den Mittelstand*, Leuphana 2015.

39. Sul punto, v. *supra* il § 1.

possono assumere, se solo si considera che sono le rappresentanti dei valori socialmente importanti e che sono determinanti nell'affermazione di *standard* etici⁴⁰. Tramite gli sforzi rivolti all'innovazione sostenibile possono dunque divenire degli esempi, dei protagonisti della transizione verde per la collettività tutta. A fianco della spinta alla comunitarizzazione degli sforzi per la sostenibilità, tali enti possono altresì mettere a disposizione delle risorse per la realizzazione di quest'ultima, come l'impegno civile e le cariche onorarie. Di qui un ulteriore argomento a favore dell'applicazione delle norme sulla sostenibilità a questo ambito.

L'attuazione del principio della sostenibilità da parte del settore *non profit* può dunque dare un significativo contributo non solo ai tradizionali pilastri ecologico, economico e sociale, ma anche impattare positivamente sulla digitalizzazione e sulla cultura, oggi sovente ricompresi nella prima. Senza pretesa di completezza, di seguito sono illustrati alcuni di tali effetti nei primi tre suddetti ambiti.

Riguardo all'ecologia non ci sono molti studi sulla valutazione dell'impatto di attività sostenibili del settore *non profit*⁴¹. Tenuto conto del fatto che anche gli enti non lucrativi possono svolgere attività economiche di grande importanza, come si è appena scritto, si ritiene che quanto risulta dagli studi sulle società commerciali possa essere almeno parzialmente esteso anche ai primi, considerando naturalmente le specificità degli stessi, rappresentate ad esempio dalla presenza di incarichi

40. Così, J. Hilgers-Sekowsky, N. Richter e N. Ermel, *Nachhaltigkeit als transdisziplinäre Herausforderung für Nonprofit-Organisationen – Eine Einführung*, in J. Hilgers-Sekowsky, N. Richter e N. Ermel (a cura di), *Nachhaltigkeit in Nonprofit-Organisationen. Transdisziplinäre Perspektiven für ein zukunftsfähiges Management*, cit., p. 3: gli enti *non profit* «fungieren als „Repräsentanten gesellschaftlich wichtiger Werte“ und spielen damit wiederum eine wichtige Rolle bei der Etablierung ethischer Standards»; v., anche, C.-H. Daub, Y.M. Scherrer e J.T. Freccè, *Nachhaltiges Management von Nonprofit-Organisationen*, in *Ökologisches Wirtschaften*, 2013, p. 35.

41. Così, R. Hahn, *Ökologisches Verhalten in Nonprofit-Organisationen*, in J. Hilgers-Sekowsky, N. Richter e N. Ermel (a cura di), *Nachhaltigkeit in Nonprofit-Organisationen. Transdisziplinäre Perspektiven für ein zukunftsfähiges Management*, cit., p. 19 ss., spec. 27 s. In argomento, tra gli altri, v. M. Bruhn, *Qualitätsmanagement für Nonprofit-Organisationen. Grundlagen – Planung – Umsetzung – Kontrolle*, Wiesbaden, 2021; S. Pope, P. Bromley, A. Lim e J.W. Meyer, *The pyramid of nonprofit responsibility: The institutionalization of organizational responsibility across sectors*, in *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, 2018, 29(6), p. 1300 ss.; S. Brammer, S. Hoejmose, e K. Marchant, *Environmental management in SMEs in the UK: Practices, pressures and perceived benefits*, in *Business Strategy and the Environment*, 2012, 21(7), p. 423 ss.; C.-H. Daub, Y.M. Scherrer e J.T. Freccè, *Nachhaltiges Management von Nonprofit-Organisationen*, cit., p. 34 ss.

onorari, dall'impiego di volontari e dalla cooperazione come anche dalle strutture organizzative di tipo federativo con gerarchie meno chiaramente delineate (tranne che nelle organizzazioni sportive). In ogni caso, resta centrale la cultura e l'apertura di tutti i membri degli enti *non profit* al fine di implementarne l'apporto al raggiungimento degli obiettivi ambientali della sostenibilità⁴².

Dal punto di vista economico, si deve innanzi tutto partire dal dato molto significativo del valore generato in Italia dal settore *non profit*⁴³. L'impatto economico è significativo: genera tra 84 e 80 miliardi di euro all'anno, contribuendo a circa il 4,4-5% del PIL nazionale e creando occupazione⁴⁴. Questo settore, con un aumento delle persone impiegate negli anni, opera in molteplici ambiti (ad esempio, sanità, assistenza sociale, formazione, cultura, sport, integrazione, ambiente ecc.), offrendo servizi essenziali e promuovendo lo sviluppo economico attraverso l'innovazione sociale con soluzioni nuove e modelli di intervento che migliorano la qualità della vita dei cittadini. Da solo, lo sport ha raggiun-

42. Cfr., B. Englert, *Personalmanagement in Nonprofit-Organisationen – Zur Rolle des Person-Environment Fit*, Springer 2019; P.C. Dwyer, J.E. Bono, M. Schnyder, O. Nov e Y. Berson, *Sources of volunteer motivation: Transformational leadership and personal motives influence volunteer outcomes*, in *Nonprofit Management and Leadership*, 2013, 24(2), p. 181 ss.; W. Bungard, *Förderung ökologisch orientierten Mitarbeiterverhaltens*, in P. Eichhorn (a cura di), *Ökosoziale Marktwirtschaft. Ziele und Wege*, Springer 1995, p. 43 ss.

43. In argomento, v. *La valutazione dell'impatto sociale nel Terzo Settore. Il posizionamento scientifico di Euricse e il metodo ImpACT*, di S. Pedri, in https://euricse.eu/wp-content/uploads/2022/03/Position-Paper_Impatto_FINAL.pdf.

44. V. il Rapporto Terzo Settore 2024. *Protagonista della crescita e della coesione sociale del Paese: evoluzione e sfide* (in <https://www.osservatorioentirnp.it/documents/64583/316134/Rapporto-Terzo-settore-Digital.pdf/ed9347e8-60c3-a693-7f33-a883ca23125c?t=1729285927935>), realizzato da Generali Italia, da cui emerge l'importanza del terzo settore per l'economia e la coesione sociale del Paese. L'analisi, basata su un database interno di 270mila organizzazioni *non profit* incrociato con i dati del Registro Unico del Terzo Settore e su un'indagine campionaria condotta con interviste su 821 enti del terzo settore, ha inteso mappare un mondo interessato da profonde trasformazioni e comprenderne le sfide che dovrà affrontare, misurandone l'impatto sul sistema paese. Significativo, secondo lo studio, l'apporto del *non profit* all'occupazione e alla coesione sociale, con circa 900mila lavoratori dipendenti (circa il 5% del totale nazionale), cui vanno ad aggiungersi 4,6 milioni di volontari. Gli enti attualmente iscritti al Registro Unico del Terzo Settore, invece, sono 129 mila, e rappresentano il 42% delle Istituzioni del *non profit* alle quali è consentito l'accesso a tale registro; essi danno lavoro a 530 mila dipendenti e coinvolgono 2,8 milioni di volontari. Secondo lo studio, la maggior parte degli enti è di piccola o piccolissima dimensione economica (la media unitaria delle entrate è di 142 mila euro l'anno).

to una dimensione economica pari a circa 22 miliardi di euro, con un contributo al PIL nazionale dell'1,3%⁴⁵. Alla luce di siffatti dati non è fuori luogo pensare che anche il settore *non profit* possa essere coinvolto nell'attuazione della sostenibilità economica e dare un forte contributo alla sua implementazione⁴⁶.

Rispetto al sociale si può affermare che in primo piano si pone in generale il diritto della persona a vivere dignitosamente, il quale include la parità di *chance* e le questioni distributive, come ad esempio il diritto all'istruzione e all'accesso alle cure. Nel corso degli anni i profili legati al sociale hanno assunto una importanza sempre crescente, ponendo impegni tanto agli Stati quanto alle imprese e anche agli enti *non profit*. È proprio qui che il terzo settore svolge un ruolo chiave nelle società contemporanee, affiancando e financo sostituendo il settore pubblico⁴⁷. Gli aspetti toccati dalla sostenibilità sociale sono molteplici. Tra questi, viene sicuramente in considerazione la qualità del lavoro retribuito: buone condizioni lavorative contribuiscono all'integrazione sostenibile

45. Secondo il *Rapporto Sport 2023* redatto dall'Istituto per il Credito Sportivo e da Sport e Salute s.p.a. (in https://www.creditosportivo.it/wp-content/uploads/2024/01/web_Rapporto-Sport_2023.pdf), questo settore rappresenta una vera e propria industria "in movimento", con un potente effetto leva in termini di ricadute economiche stimato in 2,2x (moltiplicatore dell'investimento), e anche un'incidenza significativa a livello occupazionale. Negli anni, nonostante i contraccolpi della pandemia, si è mantenuto infatti uno zoccolo duro di addetti che si aggira attorno alle 400 mila unità, grazie alla presenza di oltre 15 mila imprese private, circa 82 mila enti *non profit* e quasi 900 mila volontari. Gli enti non profit attivi nello sport sono quelli maggiormente impegnati nel sostegno alle persone con disabilità fisica, relazionale e psichica, a dimostrazione del ruolo dell'attività motoria come straordinario strumento di inclusione e aggregazione, sia per i giovani che per gli individui in condizioni di marginalità. L'84% del valore del mercato deriva dall'indotto attivato, a conferma della capacità moltiplicativa del *business* sportivo. Oltre 10 miliardi di euro di PIL dello sport è generato dalle attività strettamente legate a esso (come la produzione e la vendita di attrezzature e abbigliamento), mentre altri 8,4 miliardi da comparti connessi in senso lato (tra cui le trasmissioni televisive e il turismo). Il segmento *core* dell'industria che include la gestione impianti, i *club* sportivi, le palestre e altre attività (quali la promozione di eventi), contribuisce al valore aggiunto di settore per 3,4 miliardi di euro, di cui il 79% generato dalle imprese private, a fronte di una quota del 21% riconducibile alle amministrazioni pubbliche e alle istituzioni private senza fine di lucro.

46. A. Javed, M. Yasir e A. Majid, *Is Social Entrepreneurship a Panacea for Sustainable Enterprise Development?*, in *Pakistan Journal of Commerce and Social Sciences*, 2019, 13, 1, p. 1 ss.

47. In argomento, v. M. Renna, *L'impatto sociale del Terzo settore: finalità, attività e governance*, in *Riv. giur. impr.*, 2021, 2, p. 363 ss.; B. Duke, *Filling in the Cracks: The Role of Social Enterprises in the Development of Sustainable Societies*, in *Academia Letters*, December 2021.

nel mondo del lavoro e alla garanzia di accesso a mezzi di sostentamento e sono quindi elementi imprescindibili delle società che vogliono avere un futuro. Oggi è sotto gli occhi di tutti che nel mondo del lavoro di molti paesi anche europei vi sono troppa precarietà, retribuzioni insufficienti e quindi disuguaglianze socio-economiche notevoli. Gli enti *non profit* offrono una occupazione 'sostenibile' e intervengono a sostegno dei lavoratori in difficoltà, contribuendo così alla sostenibilità sociale. La rimozione delle cause dei suddetti problemi spetta ovviamente ad altri attori. Se si considera il drammatico calo demografico e il conseguente aumento dei bisogni di cura e assistenza degli anziani, altrettanto significativo, anzi in crescita, appare il contributo del terzo settore in detto ambito.

7. La 'capillarizzazione' della sostenibilità nel tessuto sociale tramite il settore *non profit*

L'analisi finora svolta evidenzia degli aspetti che sembrano consentire di poter giuridicamente coinvolgere tutti gli enti *non profit*, nelle loro varie declinazioni e in forme e modi variabili, quali attori nel raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile.

In primo luogo, dal punto di vista del diritto *antitrust*, è consolidata la qualificazione in termini di impresa delle attività svolte dagli enti in esame, qualora operino nel mercato offrendo beni e servizi dietro un corrispettivo. In sostanza, si tratta quindi di soggetti che impattano sulla sostenibilità in ragione della natura delle attività svolte.

Dal punto di vista del diritto civile, è chiaro che la differenza sostanziale tra le organizzazioni *no profit* e quelle *for profit* risiede nella priorità della missione sociale rispetto al profitto. Tuttavia, a queste organizzazioni non è preclusa assolutamente la possibilità di realizzare un utile di esercizio funzionale alla loro continuità, essendo soltanto la distribuzione dei profitti ad essere vietata: uno degli aspetti caratteristici della loro gestione è costituito proprio dal raggiungimento di un delicato equilibrio tra la missione sociale e la sostenibilità economica⁴⁸.

48. H.B. Hansmann, *The role of nonprofit enterprise*, cit., p. 835 ss.; C. Borzaga e J. Defourny (a cura di), *The Emergence of Social Enterprise*, Routledge 2001; L. Bruni e S. Zamagni, *Economia civile*, il Mulino 2004; M. Grumo, *Introduzione al management delle aziende non profit*, ETAS 2001; R. Putnam, *Capitale sociale e individualismo*, il Mulino 2000; G. Rossi e L. Boccacin, *Capitale sociale e partnership pubblico, privato e terzo settore*, FrancoAngeli 2007.

Del resto, anche in queste organizzazioni le perdite indeboliscono, fanno aumentare i debiti, creano dipendenza finanziaria da terzi soggetti, erodono il patrimonio di dotazione e la capacità dell'organizzazione di perseguire nel tempo la finalità non economica. In proposito, va rilevato che esistono organizzazioni *non profit* più basate sulle donazioni e organizzazioni che invece ritraggono maggiormente le proprie risorse finanziarie da attività di mercato, in cui possono presentarsi anche veri e propri rischi di commercialization dell'ente, quindi di allontanamento dalla propria identità originaria, a causa della difficoltà naturale di coniugare efficacemente "identità" e "servizio"⁴⁹. Non si può dunque negare che in molti casi gli enti *non profit* esercitino un'attività di impresa anche nel senso classico di cui all'art. 2082 c.c. Anche da questo aspetto si può trarre un ulteriore elemento in comune con le imprese in senso stretto.

La caratteristica che però più di ogni altra accomuna le società commerciali e gli enti *non profit* è l'elemento della potenziale perpetuità, che li rende gli attori ideali per il perseguimento degli obiettivi della sostenibilità. Come magistralmente colto da autorevole dottrina, la personalità giuridica presenta ancora oggi elementi essenziali come l'astrattezza della forma, la potenziale perpetuità nella durata e nell'azione dell'ente e la centralità dello scopo comune a tutti i membri⁵⁰. Si osserva quindi che la combinazione tra il potenziale di un'azione di lungo periodo e la capacità unificante del fine perseguito ha caratterizzato la forma di soggettività incorporata fin dalla sua genesi e rimane essenziale per questo concetto giuridico che si propone di superare i limiti della durata della vita individuale e di raggiungere obiettivi di vasta portata. Tutti gli enti sono quindi gli ideali *driver* della sostenibilità che richiede azioni di lungo periodo.

Si pone a questo punto il quesito centrale del presente scritto: considerato che molti enti *no profit* svolgono attività economiche di natura imprenditoriale, cosa impedisce di estendere, nel rispetto della diversità strutturale e della finalità in confronto alle società commerciali, la disciplina sulla sostenibilità che invece si applica soltanto a queste ultime? Non sembrano ravvedersi controindicazioni particolarmente forti che

49. B.A. Weisbrod, *Guest Editor's Introduction: The Nonprofit Mission and Its Financing*, in *Journal of Policy Analysis and Management*, 1998, 17, 2, *Special Issue: The Commercialism Dilemma of the Nonprofit Sector*, p. 165 ss.

50. Il riferimento è agli studi di G. Anello, *Enti giuridici e sostenibilità: l'esperienza storica*, *supra* in questo volume, Id., *Persone capitali. Storie di entità giuridiche*, Marietti, 2024, spec. p. 111 ss.; G. Anello, M. Arafa e S.A. Gramitto Ricci, *Sacred Corporate Law*, in *Seattle University Law Review*, 45, 1, 2021, 413.

siano di ostacolo a tale estensione del campo di applicazione della suddetta disciplina.

Al contrario, emergono in molti casi dei convincenti argomenti giuridici a favore. In primo luogo, depone in tal senso il principio costituzionale di eguaglianza di cui all'art. 2 cost. Se consideriamo ad esempio le federazioni sportive e le società e associazioni dilettantistiche, sembra evidente che la medesima natura imprenditoriale delle attività deponga pienamente a favore della estensione.

In secondo luogo, l'impatto sulla sostenibilità degli enti *non profit* non può essere disconosciuto. Nel complesso, chi in misura maggiore, chi in minore, le attività poste in essere da questi enti hanno indiscutibilmente una incidenza, talvolta considerevole, sulla tutela dell'ambiente e sulla realizzazione degli obiettivi posti dall'ONU. Non vi sono dunque ragioni per non estendere le norme sull'attuazione della sostenibilità anche a detti soggetti.

In terzo luogo, per altro verso, le attività svolte per legge dagli ets sono quasi perfettamente sovrapponibili con i 17 *goal* fissati dall'Agenda ONU 2030. E il terzo settore si sta già in autonomia muovendo in questa direzione: è sufficiente leggere i Rapporti del 2017 e del 2021 su *Il Terzo settore e gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile*⁵¹. Si tratta di un rapporto elaborato dal Forum Terzo Settore che indaga l'impegno dei propri associati nel perseguimento e nella promozione dei 17 obiettivi di sviluppo sostenibile individuati dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite. Da questo emerge quanto gli ets siano cruciali nel promuovere e mantenere la socialità nel nostro Paese, nel favorire la partecipazione dei cittadini, svolgendo anche preziosi servizi di interesse generale con importanti ricadute occupazionali, creando fiducia e capitale sociale così indispensabili per lo sviluppo sostenibile della società. Grazie alla sua conoscenza del territorio e dei bisogni delle singole comunità, il terzo settore riveste un ruolo centrale nella creazione di un modello di sviluppo sostenibile. È dunque importante che l'economia sociale non venga esclusa dai processi di sviluppo e che venga coinvolta a pieno titolo nella realizzazione della sostenibilità.

In conclusione, si può ritenere che il discorso del coinvolgimento riguardi tutti gli enti *non profit*. Quali persone giuridiche tutti hanno la potenzialità di contribuire nella dimensione corrispondente alle proprie capacità e portata delle attività all'attuazione del nuovo mandato costi-

51. Detti rapporti sono pubblicati in <https://www.forumterzosettore.it/2021/05/28/il-terzo-settore-e-gli-obiettivi-di-sviluppo-sostenibile/>.

tuzionale che riguarda oggi tutti i soggetti di diritto. Sia i singoli, sia i corpi intermedi, sia le pubbliche istituzioni sono chiamati a collaborare in un quadro normativo complessivo e coordinato alla realizzazione di un nuovo progetto di società che veda l'uomo non come predatore, ma come curatore del 'giardino' rappresentato dal nostro pianeta. Pertanto, si ritiene oramai maturo il momento di discorrere di lucro oggettivo e soggettivo sostenibile.

L'EVOLUZIONE DELLA NOZIONE DI CONSUMATORE

Lorenzo Mezzasoma

1. Introduzione

La nozione tradizionale di consumatore¹, legata all'atto di consumo e volta all'esigenza di tutela del consumatore quale soggetto debole del rapporto, pur permanendo all'interno del sistema appare oggi piuttosto circoscritta e non più rispondente alle attuali esigenze di protezione.

Tanto a livello giurisprudenziale quanto legislativo, infatti, ci si è spinti sempre di più verso un'indagine che, prestando particolare attenzione al caso concreto, miri a superare le varie situazioni di disequilibrio ed asimmetria contrattuale², nel rispetto dei principi costituzionali di ragionevolezza³ e di eguaglianza tra le parti. E ciò, non soltanto con rife-

1. In proposito L. Mezzasoma, *Il consumatore e il professionista*, in G. Perlingieri, L. Mezzasoma e M. Angelone (a cura di), *Manuale di diritto dei consumi*, Esi 2024, p. 15 ss.; F. Azzarri, *Spigolature attorno alla definizione di 'consumatore'*, in *Contratti*, 2021, p. 60 ss.; C.A. Valenza, *La figura del consumatore nel codice del consumo*, in G. Capilli (a cura di), *I contratti del consumatore*, Giappichelli 2021, p. 67 ss.; G. Chinè, sub *Art. 3*, in V. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo*, 5^a ed., Giuffrè 2019, p. 15 ss.; E. Capobianco, sub *Art. 3*, in Id., G. Perlingieri e L. Mezzasoma (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 2^a ed., Esi 2019, p. 16 ss.

2. In tema di equilibrio contrattuale v., *ex multis*, P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2001, p. 334 ss. e in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Esi 2003, p. 441 ss.; Id., *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, p. 877 ss.; Id., *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 3 ss.; Id., *Sui contratti iniqui*, in *Rassegna di diritto civile*, 2013, p. 480 ss.

3. Sull'attuale portata della ragionevolezza, v. G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi 2015, *passim*; Id., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2019, I, p. 10 ss.

rimento alle fattispecie contrattuali tradizionalmente intese, ma anche a fattispecie contrattuali oggetto, oggi, di nuove e specifiche discipline tra cui rientrano anche le normative in materia di sostenibilità. In questo ambito, infatti, le situazioni di debolezza diventano ancora più accentuate e risulta indispensabile una attenta analisi del caso concreto che permetta di evitare forme di squilibrio contrattuale⁴.

2. L'estensione della qualifica di consumatore al condominio

Nonostante sia notorio che il codice del consumo faccia riferimento ad una nozione “ristretta” di consumatore circoscritta alla sola persona fisica⁵, nel corso del tempo la giurisprudenza si è spinta a riconoscere, attraverso una lettura evolutiva del dettato normativo, l'applicabilità della normativa consumeristica anche nei confronti del condominio.

In particolare, muovendo dal presupposto che il condominio non abbia una personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti⁶ (per conto dei quali l'amministratore agisce quale mandatario con rappresentanza⁷), si è statuito che lo stesso possa essere considerato con-

4. L'esigenza di protezione sussiste a prescindere dall'appartenenza del soggetto a una determinata categoria: v. P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 335 ss. e Id., *La contrattazione tra imprese*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2006, p. 323 ss.

5. Cfr. G. Alpa, *Ancora sulla tutela del consumatore*, in *Contratti*, 2001, p. 206, che considera la nozione di consumatore «al tempo stesso minimale e negativa: minimale perché prende in considerazione la persona fisica; negativa, perché indica ciò che l'individuo non deve fare per essere considerato consumatore».

6. Tra le prime pronunce di legittimità in tal senso, v. Cass., 24 luglio 2001, n. 10086, in *Corriere giuridico*, 2001, p. 1436; Cass., 12 gennaio 2005, n. 452, in *DeJure on line*; Cass., 22 maggio 2015, n. 10679, in *www.condominioelocazione.it* e, da ultimo, Cass., 28 maggio 2019, n. 14475, in *DeJure on line*.

7. Per la giurisprudenza di merito v. Trib. Ravenna, 27 settembre 2017, in *www.ilcaso.it*, il quale ha affermato che ai fini della qualifica come consumatore del condominio, «ente gestorio privo di autonoma soggettività», sarebbe irrilevante un'irrisoria quota millesimale dello stesso attribuita a non consumatori, constatando che la giurisprudenza «non richiede neppure un rapporto di prevalenza di persone fisiche consumatori quali condomini [...] osservando correttamente che l'amministratore del condominio agisce, nel momento in cui stipula contratti di utenza e manutenzione per conto dei condomini, per scopi estranei all'attività professionale degli stessi»; App. Milano, 13 novembre 2019, n. 4500, in *DeJure on line*, secondo il quale «la prospettazione in base alla quale il condominio non potrebbe assumere la qualità di consumatore in quanto composto da sole autorimesse e costituito da società o professionisti [...] non è condivisibile. Il condominio è infatti un ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei

sumatore e che sia possibile attribuire ai singoli condòmini – che, in quanto persone fisiche, sono chiaramente qualificabili come consumatori – tutti gli atti compiuti dal condominio per mezzo del suo rappresentante, senza che ciò comporti un ampliamento della definizione di cui all’art. 3, comma 1, lett. *a*, c. cons. in favore delle persone giuridiche.

Non mancano, tuttavia, pronunce di merito⁸ che si allontanano da un’applicazione incondizionata del principio di cui sopra preferendo

condomini [...] Questi ultimi, nel momento in cui agiscono per la tutela e conservazione delle proprietà comuni tramite l’amministratore, assumono la veste di consumatori perché operano per scopi totalmente estranei alla loro eventuale attività imprenditoriale o professionale. Pertanto la dimostrazione della qualità (di professionista o di privato) dei singoli condòmini non assume alcun rilievo dovendo ritenersi che l’amministratore, nel momento in cui conclude un contratto relativo alla gestione del bene comune, agisce per scopi estranei all’attività professionale svolta dai condòmini»; Tribunale Trani, 10 febbraio 2021, n.299, in *DeJure on line*; Trib. Pavia, 16 dicembre 2022, n.1585, *ivi*, secondo il quale il riconoscimento della qualifica di consumatore in capo al condominio «(...) in quanto, oltre che consolidata in Cassazione e nettamente prevalente nella giurisprudenza di merito, maggiormente coerente sia con il carattere del condominio come ente di mera gestione di beni comuni, privo di patrimonio autonomo rispetto a quello dei condòmini sia del ruolo dell’amministratore come mandatario di questi ultimi. In secondo luogo, inoltre, essa risponde all’esigenza di assicurare una maggiore tutela sul piano contrattuale a beneficio delle persone fisiche, anche qualora agiscano in forma associata, per scopi comunque estranei alla propria attività professionale nell’ambito delle relazioni commerciali; in altri termini, risulterebbe incongruo e irragionevole, oltre che in contrasto con la ratio della normativa in vigore, circoscrivere la disciplina della tutela consumo alle persone fisiche che compiono attività negoziale singolarmente in quanto in contrasto con la *ratio* della normativa.

8. Privilegiano il criterio della prevalenza Trib. Milano, 26 novembre 2020, n. 7717, in *DeJure on line*, per il quale si deve considerare «consumatore solo quel condominio che risulti composto da unità immobiliari almeno prevalentemente [...] appartenenti a persone fisiche e da queste ultime utilizzate per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta». V., anche, App. Genova, 20 novembre 2020, n. 1130, *ivi*, che pur considerando pacifico che «al contratto concluso con il professionista dall’amministratore del condominio, ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, si applicano, in presenza degli altri elementi previsti della legge, gli art. 1469 bis ss. c.c. atteso che l’amministratore agisce quale mandatario con rappresentanza del vari condòmini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale», «ciò che [...] dovrebbe rilevare è se il condominio svolga un’attività imprenditoriale o professionale o se tale attività sia svolta da tutti i suoi condòmini». La Corte precisa, tuttavia, che la mera «circostanza che il nome del Condominio sia “Centro Commerciale [...]” non è di per sé sufficiente a provare, in mancanza della produzione delle relative tabelle millesimali, che la compagine condominiale sarebbe composta da persone giuridiche e/o imprenditori, ben potendo il centro commerciale [...] essere composto da negozi ed abitazioni».

accertare quale sia, in concreto, la destinazione degli immobili ricompresi nell'edificio per scongiurare il rischio di considerare consumatore anche un condominio interamente adibito allo svolgimento di attività commerciali e/o professionali, limitando l'estensione di tale qualifica soltanto alle ipotesi in cui le unità immobiliari siano prevalentemente di proprietà di persone fisiche che le utilizzano per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta.

Ciononostante, è la stessa Corte di Giustizia⁹ a consentire l'estensione della qualifica di consumatore al condominio: i giudici comunitari, infatti, pur nella consapevolezza che il condominio non rientri formalmente nella nozione di consumatore di cui alla direttiva 93/13/CEE, ritengono che possa essere considerato tale dalla giurisprudenza nazionale¹⁰, non sussistendo alcun ostacolo ad una interpretazione estensiva della normativa di recepimento della direttiva nel diritto nazionale¹¹.

Ne consegue una legittimazione dell'interpretazione evolutiva della normativa a protezione del consumatore in favore del contraente che versi in una effettiva situazione di inferiorità rispetto al professionista la quale sia tale da giustificare una tutela idonea a sostituire ad un equilibrio solo formale tra le parti un'eguaglianza sostanziale.

9. Corte giust., 2 aprile 2020, n. 329 (e, successivamente, Corte giust., 27 ottobre 2022, c. 485/2022), in *DeJure on line*. La Corte è stata investita, su ordinanza del Tribunale di Milano (Trib. Milano, 1° aprile 2019, in *DeJure on line*) della questione se la nozione di consumatore di cui all'art. 2, comma 1, lett. b, della direttiva 93/13/CEE impedisca di qualificare come tale un soggetto - quale il condominio nell'ordinamento italiano - che non sia riconducibile alle categorie della "persona fisica" o della "persona giuridica", qualora lo stesso concluda un contratto per scopi estranei all'attività professionale e versi in una situazione di inferiorità nei confronti del professionista sia quanto al potere di trattativa quanto al potere di informazione.

10. In senso critico S. Pellegatta, *Condominio consumatore: profili e problemi della tutela consumeristica in ambito condominiale*, in L. Mezzasoma, F.J. Pérez-Serrabona Gonzalez, E. Llamas Pombo, F. Rizzo e G. Berti De Marinis (a cura di), *A vent'anni dal codice del consumo. Un'analisi comparata con altri Paesi*, Napoli, 2025, in corso di pubblicazione.

11. «L'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una giurisprudenza nazionale che interpreti la normativa di recepimento della medesima direttiva nel diritto interno in modo che le norme a tutela dei consumatori che essa contiene siano applicabili anche a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio nell'ordinamento italiano, anche se un simile soggetto giuridico non rientra nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva».

3. Anche il fideiussore può essere considerato consumatore

L'evoluzione giurisprudenziale in merito alla nozione *de qua* non si è arrestata al condominio, bensì ha interessato anche l'istituto della fideiussione, in relazione al quale la giurisprudenza di legittimità ha introdotto una nuova idea di consumatore, ponendo fine alla *vexata quaestio* circa l'automatica esclusione da tale qualifica del fideiussore che garantisca un debito sorto nell'esercizio di un'attività professionale¹². Esclusione basata su una considerazione del garante quale *alter ego* del debitore (c.d. professionista di riflesso o di rimbalzo).

Con riferimento a tale ipotesi, i Giudici di legittimità¹³ – sulla scia della giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁴ e ribaltando un proprio precedente e consolidato orientamento che negava la possibilità di considerare consumatore il fideiussore prestante garanzia a favore di un professionista¹⁵ – sono giunti ad escludere rilevanza diretta all'attività svolta dal debitore principale per la qualificazione del fideiussore come consumatore¹⁶, affermando che debba essere considerato tale anche il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale, stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa.

Si tratta, sostanzialmente, di applicare i criteri tradizionali che l'art. 3, comma 1, lett. a, c. cons. detta ai fini della individuazione della figura

12. In argomento v. M. Girolami, *La saga del fideiussore consumatore*, in *Rivista di diritto bancario*, 2022, p. 655 ss.

13. Cass., (ord.) 16 gennaio 2020, n. 742, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2020, p. 758 con nota di M. Bellino, *La Cassazione supera la teoria del professionista di rimbalzo*; in *Giurisprudenza italiana*, 2021, p. 834, con nota di D. Melano Bosco. In precedenza, Cass., 13 dicembre 2018, n. 32225, in *www.italgiure.giustizia.it*. V., anche, Cass., 16 novembre 2021, n. 34515, in *Rivista di diritto dei contratti*, 2022, p. 449 ss., con nota di M. Marano, *Il fideiussore del professionista come consumatore*.

14. Corte giust., (ord.) 19 novembre 2015, c. 74/15, in *DeJure on line*, e Corte giust., 14 settembre 2016, c. 534/15, in *www.dirittobancario.it*.

15. Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, in *Contratti*, 2012, p. 148; Cass., 9 agosto 2016, n. 16827, *ivi*, 2016, p. 1078, con nota di A.A. Dolmetta, *Sulla "speciale autorizzazione" del fideiussore ex art. 1956 c.c.*

16. In dottrina, in senso favorevole, v. G. Laurini, *La ragionevolezza impedisce il "rimbalzo" del professionista*, in *www.giustiziacivile.com*, 29 ottobre 2020, secondo il quale «(...) Per un corretto inquadramento della figura del garante è necessaria un'ermeneutica, non appiattita sulla soggettività del debitore garantito, che differenzi la garanzia in cui insistono interessi economici da quella in cui, invece, figurano vicende ed interessi personali e private». V., anche, M. Renna, *La fideiussione del socio: aspetti problematici*, in *Contratti*, 2017, p. 465 ss.

del consumatore, in quanto «i requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato da un socio in favore della società devono essere valutati con riferimento alle parti dello stesso (e non già del distinto contratto principale), dando rilievo – alla stregua della giurisprudenza comunitaria – all’entità della partecipazione al capitale sociale nonché all’eventuale qualità di amministratore della società garantita assunto dal fideiussore»¹⁷. Ne consegue che una minima partecipazione alla società senza poteri di amministrazione della stessa, o l’assenza di legami con l’attività professionale del debitore principale dovrebbe indurre a qualificare la fideiussione come atto di natura privata e, di conseguenza, a consentire di riconoscere al garante la qualifica di consumatore¹⁸.

È indispensabile, in altri termini, guardare al caso concreto¹⁹ sulla base di una valutazione che tenga conto delle condizioni personali del fideiussore e della sua estraneità o meno rispetto all’attività professionale o imprenditoriale svolta dal soggetto garantito²⁰.

4. La nozione di consumatore nelle procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento

Da ultimo, un’interpretazione giurisprudenziale innovativa emerge

17. Così Cass. (ord.), 16 gennaio 2020, n. 742, cit.

18. In argomento F. Andreani, *La tutela del consumatore-fideiussore*, in *www.giustiziacivile.com*, 11 ottobre 2018.

19. Cfr. R. Conti, *Il fideiussore non è sempre “professionista di rimbalzo”*, in *Corriere di merito*, 2006, p. 3 ss.

20. Cass., (ord.) 23 gennaio-8 maggio 2020, n. 8662, in *www.dirittoegiustizia.it*; Cass., (ord.) 13 dicembre 2018, n. 32225, in *Leggi d’Italia on line* e Cass., 15 ottobre 2019, n. 25914, in *www.sentenze.laleggepertutti.it*; Cass., 31 ottobre 2019, n. 28162, *ivi*.

Più recentemente Trib. Ancona, 3 maggio 2025, n. 796; Trib. Pesaro, 8 maggio 2025, n. 296 e Trib. Genova, 9 aprile 2024, n. 1103, in *DeJure on line*. V., anche, Trib. Cuneo, 8 febbraio 2023, in *www.ilcaso.it*, 20 aprile 2023, secondo il quale ciò che rileva ai fini dell’identificazione del fideiussore nell’alveo protettivo del consumatore è che il contratto sia stato stipulato per finalità non inerenti allo svolgimento dell’attività professionale del garantito. In dottrina M.C. Dolmetta, *Sul fideiussore consumatore: linee dell’evoluzione giurisprudenziale*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2017, p. 281 ss.; G. Tarantino, *Consumatore e professionista: due nozioni “a geometrie variabili”*, in *www.giustiziacivile.com*, 15 ottobre 2019; U. Minneci, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, p. 688 ss.; M. Simeon, *Il fideiussore del professionista può essere consumatore: tramonto della teoria del professionista di “riflesso”*, in *Giurisprudenza commentata*, 2020, p. 1243 ss.

con riferimento alla rigida definizione di “consumatore sovraindebitato” di cui alla previgente legge n. 3 del 2012²¹ che, all’originaria versione dell’art. 6, comma 2, lett. *b*, riconosceva l’accesso alla procedura agevolata del c.d. piano del consumatore solo al debitore persona fisica che avesse «assunto obbligazioni ‘esclusivamente’ per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta»²², delimitando notevolmente l’ambito di applicazione della normativa di favore²³ con una scelta ancora più restrittiva di quanto avesse fatto lo stesso art. 3, comma 1, lett. *a*, c. cons.²⁴.

La Corte di Cassazione²⁵ attraverso un’interpretazione sistematica ed innovativa è andata al di là del dettato normativo²⁶, permettendo ad un

21. L. 27 gennaio 2012, n. 3, recante «Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento», come successivamente modificata con d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221.

22. Sul punto, C. Cracolici e A. Curletti, *La nozione di consumatore tra il codice del consumo e la legge n. 3 del 2012*, in *Contratti*, 2018, p. 81 ss. e V. Ricciuto, *La nozione di consumatore nella disciplina consumeristica e nella normativa del sovraindebitamento*, in E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana e F. Rizzo (a cura di), *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, Esi 2018, p. 45 ss.

23. V. L. D’orazio, *Il sovraindebitamento nel Codice della Crisi e dell’Insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, p. 697, secondo il quale «la lettera della norma, (...)», parrebbe impedire a tale categoria di soggetti, con obbligazioni assunte solo in “prevalenza” per ragioni personali, ma con un carico, anche minimo, di obbligazioni da pregressa attività imprenditoriale, di usufruire del piano del consumatore» e V. Ricciuto, *La nozione di consumatore nella disciplina consumeristica e nella normativa del sovraindebitamento*, cit., p. 45 ss.

24. Cfr. A. Capocchetti, *Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento. La nozione di “consumatore” nella disciplina della crisi da sovraindebitamento*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 817 ss., il quale rileva che tale nozione se «da un lato si limita a ricalcare la formula codicistica che ancora l’identificazione del soggetto beneficiario della tutela alla finalità da questo perseguita attraverso i suoi comportamenti, dall’altro sembrerebbe fare un passo indietro, verso una meno estesa portata applicativa» di tale disciplina rispetto a quella contenuta nel codice del consumo.

25. Cass., 1° febbraio 2016, n. 1869, in *Foro italiano*, 2016, I, c. 1804; in *Fallimento*, 2016, p. 661, con nota di F. Pasquariello, *La Cassazione delinea il profilo del consumatore sovraindebitato*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 989, con nota di F. Trubiani, *Gli angusti orizzonti della nozione di consumatore nella disciplina da sovraindebitamento*; e in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 817, con nota di A. Capocchetti, *La nozione di “consumatore” nella disciplina della crisi da sovraindebitamento*; in *Diritto fallimentare*, 2016, p. 1257, con note di E. Sabatelli, *La Cassazione precisa la nozione di «consumatore» ai fini dell’accesso al procedimento riservato di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, e di F. Cerri, *La Suprema Corte definisce la nozione di consumatore nella composizione della crisi da sovraindebitamento*.

26. Circa la necessità che l’ermeneutica superi il mero dato letterale, v. per tutti, P. Perlingieri, *L’interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in*

consumatore gravato non solo da debiti di natura esclusivamente personale, ma anche professionale non più attuali e già definiti, di poter accedere alla procedura. I Giudici hanno statuito che possano beneficiare della procedura privilegiata anche tutte le persone fisiche che abbiano rivestito la qualifica di imprenditore o professionista, purché al momento della presentazione del piano non residuino ancora obbligazioni assunte nell'esercizio di tali attività²⁷. Ne consegue che pure l'imprenditore che abbia contratto obbligazioni per far fronte a esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale e anche a favore di terzi, ma senza riflessi in un'attività d'impresa o professionale propria potrà rientrare nella nozione di consumatore-sovraindebitato²⁸.

Tale indirizzo giurisprudenziale ha trovato successiva conferma nella legge n. 176 del 2020²⁹ che, riproponendo il contenuto del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, ha modificato l'art. 6, comma 2, lett.

claris non fit interpretatio, *il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rassegna di diritto civile*, 1985, p. 990 ss.; Id., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, p. 317 ss.; Id., *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Rivista di diritto privato*, 2011, 2, p. 159 ss.; Id., *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2018, 2, p. 593 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 4ª ed., II, Esi 2020, p. 278 ss., spec. p. 304 ss. V., anche, V. Rizzo, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Esi 1985.

27. «Ritiene questa Corte che la prescritta destinazione dei debiti a scopi estranei rispetto all'attività d'impresa o di professione, precisata in negativo (e solo "eventualmente svolta", cioè con riguardo al passato), permetta allora di rinvenirne la compatibilità innanzitutto con il consumatore sovraindebitato che non sia o non sia mai stato nè imprenditore nè professionista, con chi lo sia stato e però non lo sia tuttora ovvero con chi lo sia tuttora – nell'accezione dimensionale interna ai requisiti di accesso più generali di cui alla l. n. 3 del 2012 – ma non annoveri più tra i debiti attuali quelli un tempo contratti in funzione di sostentamento ad una di quelle attività»: così Cass., 1º febbraio 2016, n. 1869, cit.

28. V. Cass., 26 luglio 2023, n. 22699, consultabile il *DeJure on line*, in cui la Corte ribadisce l'attualità della statuizione del 2016 disponendo espressamente che «tale decisione aveva dato delle indicazioni chiare sul fatto che chi inizia una procedura concorsuale ha qualifica di consumatore o di professionista in base alla natura delle obbligazioni che intende ristrutturare e che (evidentemente) sono state assunte in un passato più o meno recente, occorrendo perciò verificare all'indietro se nel momento in cui sono state assunte egli avesse agito come consumatore o professionista».

29. Legge 18 dicembre 2020, n. 176 di conversione, con modificazioni, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, recante ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19.

b, della legge n. 3 del 2012³⁰ e definito il consumatore come la persona fisica «che agisce per scopi estranei» all'attività d'impresa o professionale – non più che «ha assunto obbligazioni 'esclusivamente' per scopi estranei» ad essa³¹ – «anche se socio di una delle società appartenenti ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del Titolo V del libro quinto del codice civile, per i debiti estranei a quelli sociali»³².

È stata in tal modo modificata la previsione normativa e si è fatta chiarezza attribuendo specifica rilevanza alla circostanza che il debito sia stato contratto per esigenze estranee all'attività professionale-imprenditoriale, non risultando più preclusiva, per l'accesso al piano del consumatore, la circostanza che la persona fisica sia o sia stata socio di società di persone. Ciò che rileva è la sola natura del debito³³, in conformità ad una corretta interpretazione dell'atto di consumo, quale criterio idoneo ad individuare il consumatore, non avendo alcuna incidenza il fatto che quel consumatore abbia svolto anche attività professionale o abbia contratto debiti professionali³⁴.

30. Sul punto, N. Graziano, *Dopo la riscrittura del legislatore nuova nozione di consumatore (La conversione del D.L. 137/2020, parte seconda)*, in *Guida al Diritto*, 5, 2021, p. 32 ss. Sulla evoluzione del presupposto soggettivo delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, v. B. Baessato, F.M. Coen e D. Girotto, *Il presupposto soggettivo di applicazione della disciplina*, in D. Manente e B. Baessato (a cura di), *La disciplina delle crisi da sovraindebitamento*, Giuffrè 2022, p. 105 ss.

31. In proposito V. Zanichelli, *Il corposo restyling della legge sul sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2021, p. 444 ss., rileva che la nuova formulazione della norma legittimi l'ammissibilità del piano del consumatore in situazioni di debitoria mista «in quanto non è più previsto che possa definirsi consumatore solo chi 'ha assunto' obbligazioni non imprenditoriali o professionali ma 'chi agisce' per tali obbligazioni, lasciando così intendere che è possibile impegnare il proprio patrimonio per il soddisfacimento, tramite la procedura di piano del consumatore, solo di una particolare tipologia di debiti e cioè di quelli consumeristici».

32. In argomento, G. Positano, *Il consumatore con debiti promiscui dalla l.3/2012 al CCII*, in www.giustiziavivile.com, 19 maggio 2020 e A. Mancini, *Sovraindebitamento e soci illimitatamente responsabili: il punto dopo la miniriforma della l. 3/2012. (d.l. 137/2020, convertito nella l. 18.12.2020 n. 176)*, in www.ilcaso.it, 2 gennaio 2021.

33. Cfr. S. Leuzzi, *Attualità e prospettive del piano del consumatore sovraindebitato*, in www.dirittoellacrisi.it, 8 luglio 2021, rileva che con la nuova definizione di consumatore sovraindebitato «si è trapiantata nel terreno concorsuale la nozione propria del codice del consumo, sicché la qualità di consumatore non rappresenta un attributo soggettivo aprioristico, ma è "conferita" di volta in volta dallo scopo consumeristico del debito contratto, sul quale presuppone un'indagine. In altri termini, la posizione di consumatore è immediata ed esclusiva derivazione della dimensione teleologica delle obbligazioni che hanno prodotto la situazione di sovraindebitamento: non rileva il tipo di attività svolta dal debitore, ma la natura dei debiti contratti».

34. Cfr. Trib. Spoleto, 23 dicembre 2022 e Trib. Caltanissetta, 1° giugno 2022, in www.ilcaso.it.

Questa tesi ha avuto, da ultimo, séguito nel decreto legislativo n. 136/2024 (contenente disposizioni integrative e correttive al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza) che, nel risolvere i dubbi interpretativi sórti con riferimento alla natura dei debiti che giustificano l'accesso al piano del consumatore, ha ulteriormente modificato la nozione di consumatore di cui all'art. 2, comma 1, lett. e, CCII eliminando l'espressione «per i debiti estranei a quelli sociali» e specificato che il consumatore possa accedere a tale procedura «per debiti contratti in tale qualità». Si esplicita, in tal modo, che la possibilità di ristrutturare i debiti con il piano del consumatore riguardi tutti i debiti che siano stati contratti al di fuori di un'attività produttiva o professionale. Una scelta diversa, del resto, si scontrerebbe con la stessa individuazione generale del consumatore, ove il superamento dello *status* verso l'atto di consumo ha fatto sì che l'essere anche professionista non impedisca di avere tutela quando si agisce per finalità non professionali.

5. Il superamento della definizione “restrittiva” di consumatore

Le considerazioni che precedono portano a riflettere in merito alla definizione di consumatore di cui all'art. 3, comma 1, lett. a, c. cons. ed all'attualità della questione relativa alla sua tutela.

È notorio, infatti, che tale disposizione ancori la qualifica di consumatore alla contestuale ricorrenza di due requisiti: il primo attiene alla qualità intrinseca del soggetto, dovendosi trattare necessariamente di una persona fisica; il secondo concerne la natura dell'attività dallo stesso svolta (deve agire per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale, commerciale o professionale). L'assenza anche di uno solo di tali elementi determina l'inapplicabilità della normativa di favore al relativo rapporto economico³⁵.

35. A tal proposito, in giurisprudenza, Cass., 23 settembre 2013, n. 21763, in *DeJure on line*, ha stabilito che «[i]n tema di contratti del consumatore, ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui al vecchio testo dell'art. 1469-bis c.c. (ora art. 33 del Codice del consumo, approvato con d.lg. 6 settembre 2005, n. 206), la qualifica di “consumatore” spetta solo alle persone fisiche e la stessa persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice “consumatore” soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività». E, ancora, in questo senso Cass., 18 settembre 2013, n. 21419, *ivi*, per la quale, in tema di contratto di albergo, si applicherà la disciplina consumeristica «ove il cliente persona fisica lo abbia stipulato per soddisfare esigenze della vita quotidiana, estranee

Cionondimeno, dagli orientamenti legislativi e giurisprudenziali in precedenza illustrati emerge la volontà di estendere il raggio di tutela della normativa di protezione oltre il singolo “consumatore” ed abbracciare la più ampia figura del “soggetto debole”.

Si conferma, in tal modo, l’attualità della tesi dottrinale che sostiene l’inesistenza di uno *status* di consumatore³⁶: esistono solamente situazioni che necessitano di essere analizzate caso per caso al fine di verificare se, dinnanzi ad un contratto asimmetrico, sussista una parte debole cui sia possibile estendere, in assenza di una normativa specifica che la tuteli ed attraverso un’applicazione diretta dei principi costituzionali³⁷, la disciplina di favore dettata per il consumatore³⁸. E superare, così, la definizione di consumatore ancorata ad una presunzione di legge assoluta, per passare ad una individuazione dell’ambito di applicazione della disciplina consumeristica basata su una presunzione relativa che permetta di modulare il profilo soggettivo di applicazione delle norme sulla effettiva posizione del contraente e non sulla rigida definizione *a priori* di consumatore, nell’ottica di una interpretazione che tenga in adeguata considerazione le vere esigenze da tutelare nel singolo caso concreto³⁹ – specie a fronte dell’avvento delle nuove tecnologie (e, in particolare, dell’intelligenza artificiale) che rendono spesso e volentieri tale soggetto particolarmente vulnerabile – in un quadro volto a realizzare una piena protezione della parte debole ed il ripristino dell’equilibrio contrattuale compromesso.

all’esercizio della propria eventuale attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale».

36. V. P. Perlingieri, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 1995, p. 97 ss.; Id., *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. Perlingieri e E. Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Esi 2004, p. 9 ss.

37. In merito alla diretta applicabilità dei principi costituzionali v. per tutti P. Perlingieri, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Rivista di diritto civile*, 1978, p. 414 ss. nonché in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Esi 1989, p. 73 ss.; Id., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 95 ss.; Id., *Profili del diritto civile*, 3^a ed., Esi 1994, p. 18 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Esi 2006, p. 535 ss. V., anche, M. Pennasilico, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. Perlingieri e A. Tartaglia Polcini (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Esi 2013, p. 281.

38. Sul punto v. L. Mezzasoma, *Novedades del Derecho de Contratos italiano y la tutela del contratante débil*, in *Revista critica de derecho privado (Núcleo de Derecho Civil – Uruguay)*, n. 12/2015, p. 677 ss. e Id., *Causa y merecimiento de protección en la tutela del contratante débil*, *ivi*, n.16/2019, p. 325 ss.

39. In proposito, sia consentito il rinvio a L. Mezzasoma, *Consumatore e costituzione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2015, p. 311 ss.

LA SOSTENIBILITÀ NEI CONTRATTI DEI MERCATI REGOLAMENTATI

Giovanni Berti De Marinis

1. Mercato ed etica: i c.dd. fattori ESG

Potrebbe apparire quasi fuori luogo parlare di etica all'interno di processi economici caratterizzati da un estremo tecnicismo e dalla naturale vocazione degli stessi – e fra questi, in particolare, di quelli rientranti all'interno dei mercati regolamentati – ad uniformarsi a logiche di profitto. Eppure il profilo della relazione esistente fra quelli che, semplificando, potremmo definire come interessi non patrimoniali emergenti nella società contemporanea e razionale sviluppo economico del mercato, evidenziano come i due profili risultino – soprattutto oggi – fortemente intrecciati¹.

Da parte di alcuni autori è stata messa in risalto l'influenza che la filosofia e la dottrina di matrice cristiana hanno avuto nell'orientare in senso etico l'agire degli operatori spingendoli a tenere condotte econo-

1. S. Scotti Camuzzi, *Finanza etica ed etica della finanza. La "responsabilità sociale dell'impresa" nel settore della finanza*, in *Jus*, 2005, p. 103 ss.; F. Belli, *Finanza etica: una riflessione*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2007, p. 3 ss.; S. Beretta e A. Perrone, *La dimensione etica della finanza*, in *Iustitia*, 2014, p. 237 ss. Con specifico riferimento al comparto assicurativo, P. Negri, *Responsabilità sociale dell'impresa e finanza etica. Le scelte del legislatore e le implicazioni per il settore assicurativo*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 415 ss.; S. Beretta e A. Perrone, *La dimensione etica della finanza*, in *Iustitia*, 2014, p. 237 ss.; G. Vertucci, *L'etica quale fonte della responsabilità sociale d'impresa*, in *Nuovo dir. soc.*, 2019, p. 683 ss.; E. Macchiavello, *Possano esistere "banche etiche"? La nuova definizione normativa di "operatori di finanza etica e sostenibile" tra interesse sociale, scopo di lucro e normativa bancaria post-crisi*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, p. 188 ss.

miche orientate non più soltanto al personale tornaconto – pur legittimo –, ma condizionate positivamente dall’obiettivo di realizzare anche interessi collettivi². Alla base vi sarebbe l’ombra proiettata sulle condotte economiche degli attori del mercato del principio di solidarietà³ che, influenzando il mercato, imporrebbe agli stessi di uniformarsi a logiche redistributive della ricchezza accumulata garantendo nuove utilità alla collettività⁴.

Si è parlato, a tal proposito, di sostenibilità del mercato – e, più in concreto, della finanza⁵ – a voler intendere una crescente attenzione nelle decisioni economiche e di investimento degli operatori verso le potenziali esternalità negative che queste possono determinare su interessi collettivi. Una nuova sensibilità che dovrebbe quindi spingere gli attori del mercato ad effettuare scelte che siano, per l’appunto, il più possibile sostenibili e quindi rispettose del ventaglio di valori che si va affermando nelle moderne società. Si è sempre visto tale fenomeno quale frutto di libere scelte imprenditoriali⁶ che assumono poten-

2. A. Fazio, *Razionalità economica e solidarietà*, Laterza 1996, *passim*; F. Capriglione, *Etica della finanza e finanza etica*, Laterza 1997, *passim*, ma spec. p. 103 ss.

3. Cfr., per qualche considerazione preliminare, V. Bancone, *L’impresa “civile” nella solidarietà sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 453 ss. Cfr., pure, le considerazioni di M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 1 ss.; S. Giubboni, *Solidarietà. Un itinerario di ricerca*, Esi 2022, *passim*; L. Mezzasoma, *Principi ispiratori della legge 21 ottobre 2021, n. 147: la solidarietà costituzionale*, in *Le Corti Umbre*, n. 1/2022, p. 76 ss.

4. La rilevanza di tale profilo, solo di recente sviluppatosi attraverso una consistente opera regolamentare, caratterizza invece da sempre l’esperienza economica anglosassone sicuramente maggiormente sensibile ad una sorta di nuovo mecenatismo sociale. V., sul punto. S. Maccarone, *Etica, morale e finanza*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1998, p. 305 ss. e, più di recente, anche con cenni ad ulteriori ordinamenti, G. Mollo, *La comunicazione di informazioni di carattere non finanziario quale strumento di attuazione della Responsabilità Sociale dell’Impresa*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, p. 318 ss.

5. I. Basile, *Esiste un modello di finanza sostenibile?*, in *Bancaria*, 2017, p. 12 ss.; G. Guzzetti, *Etica del risparmio e sviluppo*, in *Iustitia*, 2018, p. 561 ss.; G. Sabatini, *Finanza d’impatto e Action Plan sulla finanza sostenibile: il percorso delle banche europee*, in *Bancaria*, 2019, p. 23 ss.

6. Cfr., sul punto, V. Buonocore, *La responsabilità dell’impresa fra libertà e vincoli*, in *La responsabilità dell’impresa*, Giuffrè 2006, p. 39; V. Calandra Buonauro, *La responsabilità sociale dell’impresa e doveri degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 530; M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità dell’impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 19; F. Denozza, *Le aporie della concezione volontaristica della CSR*, in V. Di Cataldo e P.M. Sanfilippo (a cura di), *La responsabilità sociale dell’impresa*, Giappichelli 2013, p. 49 s.; C. Angelici, *Divagazioni sulla “responsabilità sociale” d’impresa*, *ivi*, 2018, p. 7; P. Montalenti, *L’interesse sociale: una sintesi*, *ivi*, p. 316.

zialmente una rilevanza sociale non soltanto se interpretate in chiave negativa – quale, cioè, scelta di non pregiudicare interessi collettivi tramite le proprie strategie economiche – ma anche, e forse soprattutto, se letto in chiave positiva. In tale ultimo senso, infatti, sarebbero “sostenibili” quelle scelte economiche che stimolino la realizzazione ed il rafforzamento di interessi superindividuali della collettività. In questo progressivo affermarsi del fenomeno, si è voluto intravedere una sorta di graduale transizione da un ormai carente *Welfare* pubblico, ad una iniziativa privata che, improntata a logiche solidaristiche e di redistribuzione, si prenda l’onere di occupare attraverso scelte etiche i vuoti lasciati dal primo⁷.

Rompendo però la crosta superficiale di un “mecenatismo” meramente altruistico pronto a pregiudicare gli interessi individuali per favorire, al contrario, il benessere comune, va oggi segnalato come i mercati abbiano fiutato le potenziali ricadute economiche che possono derivare da una ostentata sensibilità ed attenzione verso i fattori non patrimoniali o dal fatto di tenere in considerazione i rischi che possono derivare dagli stessi⁸.

Il moderno regolatore sta infatti valorizzando tale fenomeno lasciando emergere l’importanza che, all’interno del mercato, vanno via via assumendo i c.dd. fattori ESG (*Environmental, Social and Governance factors*) riferendosi, con tale acronimo, all’introduzione di nuovi parametri che spingono a valutare la struttura e le *performance* delle imprese non più solo in relazione ad elementi di natura patrimoniale, ma anche alla luce della sensibilità che le stesse hanno nei confronti delle problematiche di natura ambientale e sociale.

Il profilo della rilevanza dei suddetti fattori si lascia apprezzare, in primo luogo, sotto l’aspetto della stabilità dell’impresa che, integrando i rischi di sostenibilità all’interno delle proprie politiche aziendali, sarebbe in grado di prevenire o mitigare gli effetti negativi che l’avvenimento di quei rischi può determinare⁹. Gli aspetti menzionati rileva-

7. F. Capriglione, *Etica della finanza e finanza etica*, cit., p. 199, sul punto, cfr. pure le considerazioni di C. Angelici, *Divagazioni sulla “responsabilità sociale” d’impresa*, cit., p. 8.

8. Pongono in evidenza come le politiche assunte da una impresa in relazione al profilo della sostenibilità possano «contribuire ad aumentare il valore dell’investimento stesso», L. Andriola, M. Jorizzo e P. Sabelli, *Sustainable investors relation: comunicare agli investitori tramite le strategie di sostenibilità ambientale*, in *Ambiente e sviluppo*, 2016, p. 743 ss.

9. Insiste su tale aspetto il Piano d’azione per finanziare la crescita sostenibile [COM(2018)97 final] della Commissione datato 8 marzo 2018, p. 3 ss.

no, poi, in termini di visibilità reputazionale dell'operatore economico che promuove con le proprie scelte aziendali attività dalle quali l'intera società ricavi una utilità immediata o che dimostrino un elevato livello di empatia con le problematiche maggiormente sentite da parte della stessa¹⁰. Ma da tale dato immediatamente percepibile derivano riflessi di mercato tutt'altro che trascurabili.

L'attenzione di un operatore economico su tali profili è infatti in grado di influenzare il mercato dei potenziali clienti, le scelte dei futuri eventuali investitori e degli *stakeholders*. Nelle imprese dei mercati regolamentati, poi, a tali riflessi si somma con ancor più evidenza la capacità di attrarre investimenti promuovendo nel mercato prodotti che si dimostrino *compliant* con le suddette priorità. Niente di male, ben inteso, purché però ciò avvenga in un quadro di regole che siano in grado di determinare il buon uso economico di tale "sensibilità" la quale, se sfruttata in maniera inconsapevole, distorta o poco trasparente, potrebbe falsare il mercato generando illegittimi vantaggi competitivi per l'operatore che ne faccia uso o porterebbe a (dis)orientare il potenziale cliente/investitore verso scelte economiche non del tutto volute.

Se è sotto gli occhi di tutti il fatto che le riflessioni sui profili ESG siano state pressoché integralmente assorbite dalle pur relevantissime questioni relative alla sostenibilità ambientale¹¹ – generando una spasmodica ricerca di ecosostenibilità dell'operatore economico o dell'investimento che lo stesso propone al pubblico dei potenziali clienti – appare evidente come il quadro degli interessi socialmente sensibili e che, in quanto tali, sono potenzialmente in grado di orientare le scelte economiche dei potenziali clienti ed investitori, sia molto più ampio ed impossibile da delineare in maniera completa ed esaustiva.

10. Sul punto, v. A. Antonucci, *La responsabilità sociale dell'impresa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2007, p. 128; M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Orizz. Dir. comm.*, 2013, p. 2.

11. Cfr., il Rapporto del Gruppo di lavoro 3 dell'Osservatorio italiano sulla finanza sostenibile «Il rischio climatico per la finanza italiana», del 4 marzo 2019. La relazione fra regole dell'impresa ed ambiente è al centro delle riflessioni anche della dottrina straniera. Cfr., sul punto, M. Brimble, J. Steward e L. de Zwaan, *Climate Change and Financial Regulation. Challenges for the Financial Sector Following the Global Financial Crisis*, in *Griffith Law Rev.*, 2010, p. 71 ss.; S.E. Light, *The Law of The Corporation as Environmental Law*, in *Stanford Law Rev.*, 2019, p. 137 ss.; D.C. Esty e Q. Karpilow, *Harnessing Investor Interest in Sustainability: the Next Frontier in Environmental Information Regulation*, in *Yale Journal of Regulation*, 2019, p. 625 ss.

2. L'emersione dei fattori ESG nella recente regolamentazione del mercato al livello UE: le dichiarazioni di carattere non finanziario di cui alle direttive 2013/34/UE e 2014/95/UE – come modificate dalla Direttiva UE 2022/2464 – e la Direttiva (UE) 2024/1760 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità

Limitando l'indagine al settore finanziario, va segnalato che l'attenzione da parte del regolatore verso la "sostenibilità" di tali settori economici ha trovato una prima compiuta espressione nella direttiva 2013/34/UE – recepita in Italia con d.lg. 30 dicembre 2016, n. 254¹² – ed oggi modificata dalle direttive 2014/95/UE ed (UE) 2022/2464 (c.d. direttiva CSRD). Attraverso tale disposizione si è tentato di introdurre regole maggiormente precise ed uniformi in tema di «comunicazione di informazioni di carattere non finanziario» per i c.dd. enti di interesse pubblico¹³ e vede quindi come destinatari privilegiati proprio le imprese operanti nei mercati *lato sensu* finanziari e, in particolare, emittenti, banche, imprese di assicurazione e di riassicurazione¹⁴.

L'intervento normativo sopra menzionato ha raggiunto il meritevole risultato di introdurre l'obbligo di effettuare una dichiarazione – individuale¹⁵ o consolidata¹⁶ – di carattere non finanziario da depositare presso il registro delle imprese¹⁷ – nonché da diffondere al pubblico e da trasmettere a Consob quale autorità incaricata della vigilanza sul punto¹⁸ – che contenga le informazioni attinenti alle politiche adottate sui temi ambientali, sociali, relative al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva¹⁹. Tale *report* do-

12. La direttiva menzionata modifica la direttiva 2013/34/UE.

13. Ai sensi degli artt. 1 e 2 del d.lg. n. 254 del 2016, sono enti di interesse pubblico le società italiane emittenti valori mobiliari ammessi alla negoziazione su mercati regolamentati italiani e dell'Unione europea, le banche, le imprese di assicurazione e di riassicurazione italiane che abbiano avuto, in media, durante l'esercizio finanziario un numero di dipendenti superiore a cinquecento e, alla data di chiusura del bilancio, abbiano superato la somma di 20.000.000 di euro come stato patrimoniale o il cui totale dei ricavi netti superi i 40.000.000 di euro.

14. Sul punto, v. E. Bellisario, *Rischi di sostenibilità e obblighi di disclosure: il d.lgs. n. 254/16 di attuazione della dir. 2014/95/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 19 ss.

15. Ai sensi dell'art. 3 del d.lg. 254 del 2016.

16. Ai sensi degli artt. 4 e 6 del d.lg. 254 del 2016.

17. Cfr., A. Quaranta, *La comunicazione di informazioni di carattere non finanziario: la nuova disciplina colpisce nel segno*, in *Ambiente e sviluppo*, 2017, p. 523 s.

18. Sul punto, G. Mollo, *La comunicazione di informazioni di carattere non finanziario quale strumento di attuazione della Responsabilità Sociale dell'Impresa*, cit., p. 328.

19. Sul punto, v. E. Bellisario, *Rischi di sostenibilità e obblighi di disclosure: il d.lgs. n. 254/16 di attuazione della dir. 2014/95/UE*, cit., p. 43 ss.

vrebbe indicare, in relazione ai profili enunciati, il modello aziendale di gestione ed organizzazione dell'impresa, le *policy* applicate dalla stessa e, da ultimo, i principali rischi che l'attività economica dell'operatore genera o subisce in relazione alle stesse problematiche²⁰. Obiettivo di tale dichiarazione è, quindi, quello di evidenziare quale sia, da un lato, l'impatto del fattore ESG sull'impresa e, dall'altro, come l'attività di impresa sia in grado di interferire (positivamente o negativamente) con lo stesso fattore²¹.

Il forte impatto mediatico avuto dalla normativa in parola, ha forse parzialmente messo in ombra le problematiche in essa rintracciabili che si concretizzano, in primo luogo, nella difficoltà di individuare il contenuto di tali informazioni non patrimoniali che appaiono orientate decisamente verso gli aspetti ambientali²² mentre i fattori sociali risultano del tutto marginali²³. Alla base vi è, come noto, il problema tutt'ora irrisolto dell'elaborazione di una tassonomia condivisa che sia in grado di uniformare la nozione stessa di fattori ESG chiarendone, quindi, contenuti, portata ed in particolare i parametri di riferimento necessari a valutare oggettivamente le *performance* aziendali sul punto²⁴.

Ancor più evidente è però il limite intrinseco della disposizione che obbliga gli enti destinatari della stessa a rendicontare esternamente le *policy* adottate in relazione alle problematiche ESG ma non contiene l'obbligo per le stesse di tenere in considerazione l'incidenza dei suddetti fattori sulla propria organizzazione di impresa. L'art. 3, comma 6 del d.lg. 254 del 2016, infatti, prevede – in accordo con la disposizione comunitaria – che gli enti che decidano di non elaborare le suddette politiche di intervento dovranno semplicemente evidenziare nella dichiarazione «le motivazioni di tale scelta, indicandone le ragioni in maniera chiara e articolata» secondo la regola del *complain or explain*²⁵. Appare

20. In questo senso, art. 3, comma 1, del d.lg. 254 del 2016.

21. Interessante, sul punto, la lettura dei recenti Orientamenti della Commissione UE del 17 giugno 2019 «sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario: integrazione concernente la comunicazione di informazioni relative al clima», p. 7 s. [C(2019) 4490 fin]

22. Art. 3, comma 2, lett. a, b, e c del d.lg. 254 del 2016.

23. L'art. 3, comma 2 lett. d del d.lg. 254 del 2016 richiama il profilo della parità di genere nel contesto lavorativo di riferimento; la lett. e dello stesso comma fa riferimento al generico rispetto dei diritti umani mentre la lett. f, richiama l'attenzione verso l'esigenza di prevenire la corruzione.

24. Si sofferma su tale delicato problema, C. Yates-Smith, *Socially Responsible Investment: Good Corporate Citizenship or Hidden Portfolio Risk*, in *Law and Financial Markets Rev.*, 2013, p. 112 ss.

25. Riflette sulla non obbligatorietà della predisposizione delle politiche in parola,

evidente come tale atteggiamento *soft* da parte del regolatore determini una minore incisività degli effetti positivi potenzialmente realizzabili.

Va poi segnalato come la disposizione riportata manifesti una ipotesi di regolamentazione della trasparenza su fattori ESG che è rivolta prevalentemente a stabilire una equilibrata disciplina del mercato con una responsabilizzazione degli amministratori e degli organi di controllo per eventuali violazioni della stessa²⁶. Anche il regime sanzionatorio, della cui applicazione viene onerata la Consob²⁷ che peraltro viene individuata quale autorità competente a dettare le disposizioni di dettaglio²⁸, si concretizza nell'erogazione di multe da parte dell'autorità richiamata. Il profilo che invece rimane defilato all'interno della suddetta normativa è l'aspetto della trasparenza sui fattori ESG nei confronti della specifica controparte e, segnatamente, in relazione alle modalità con cui vengono integrati i rischi di sostenibilità nel rapporto minuto con il singolo cliente o potenziale cliente.

La disciplina europea sopra menzionata, se da un lato salvaguarda i riflessi che l'adozione di politiche su fattori ESG possono avere sul mercato sussistendo l'obbligo di rendicontarle secondo le modalità previste dal d.lg. 254 del 2016 dall'altro, però, trascura gli effetti positivi che la ponderata e virtuosa adozione delle stesse – soprattutto da parte di entità economiche particolarmente strutturate e dotate di una forte capacità pervasiva all'interno del mercato – potrebbe avere per la tutela degli interessi sottostanti. Tale obiettivo risulta infatti realizzabile solo imponendo l'adozione di tali politiche e non semplicemente prevedendo le modalità di rendicontazione delle stesse ove adottate. Tale profilo, alla luce delle norme sopra riportate, faceva sorgere un ulteriore profilo di criticità dal momento che l'impresa virtuosa che decideva di adottare tali *policy* e di uniformarsi alle stesse assumeva necessariamente una prospettiva di lungo termine: rinunciando ad utilizzare il proprio patrimonio per il raggiungimento di un utile immediato, proietta sul lungo orizzonte l'investimento concedendo però, nell'immediato, un vantaggio competitivo ad altre imprese che non abbiano adottato tali *policy*²⁹.

G.B. Portale, *Diritto societario tedesco e diritto societario italiano in dialogo*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2018, p. 605. V., pure, S. Bruno, *Dichiarazione "non finanziaria" e obblighi degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 976 ss.

26. Art. 3, comma 7 del d.lg. 254 del 2016. Sul punto, ampiamente, S. Bruno, *Dichiarazione "non finanziaria" e obblighi degli amministratori*, cit., p. 974 ss.

27. Art. 8, comma 6 del d.lg. 254 del 2016.

28. Obbligo, quest'ultimo, assolto con il Regolamento sulle comunicazioni di carattere non finanziario adottato con delibera 20267/2018.

29. Evidenzia il potenziale svantaggio competitivo immediato che possono subire

La problematica sopra descritta è stata in parte mitigata dalla recentissima adozione della Direttiva (UE) 2024/1760 (c.d. CSDDD) relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità la quale, pur non avendo un ambito di applicazione soggettivo del tutto sovrapponibile alle disposizioni che impongono la rendicontazione non finanziaria, ha l'obiettivo di imporre alle imprese di grandi dimensioni l'adozione di politiche che tengano in considerazione gli aspetti ambientali e sociali. Si tratta, come pare evidente, di un deciso passo in avanti che non punta più a stimolare l'adozione di condotte virtuose da parte degli operatori economici di maggiori dimensioni ma, al contrario, le impone obbligandoli ad adattare il proprio *business* alle nuove aspettative collettive avendo cura, peraltro, che l'intera catena del valore sviluppata da parte della medesima impresa dimostri una certa sensibilità verso la transizione verso economie più attente all'ambiente ed all'equilibrio sociale. Nonostante la Direttiva si applichi direttamente solo alle imprese di grandi dimensioni, quindi, la stessa avrà anche un impatto significativo su tutti i soggetti economici di ridotte dimensioni che intendano integrarsi all'interno della catena di produzione generata dalla grande impresa la quale, proprio per effetto di tale nuova disciplina, avrà interesse ad entrare in rapporti commerciali solo con fornitori di beni e servizi che siano a loro volta attenti alla sostenibilità. Questo dovrebbe generare un circolo virtuoso che contribuirà ad articolare i mercati in maniera più equilibrata e sostenibile³⁰.

3. Il Regolamento UE 2019/2088 del 27 novembre 2019 «relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari»

Passando dal piano generale a quello più specificamente riguardante i mercati regolamentati, proprio l'esigenza di predisporre regole co-

le imprese sensibili alle prospettive non patrimoniali rispetto a quelle che, al contrario, orientano le proprie scelte verso prospettive di breve termine, G. Mollo, *La comunicazione di informazioni di carattere non finanziario quale strumento di attuazione della Responsabilità Sociale dell'Impresa*, cit., p. 325. Nella dottrina straniera, viene evidenziata l'opportunità di privilegiare decisioni che, attente ai fattori ESG, si dimostrino positive nel lungo termine, S.N. Gary, *Best interest in the long term: fiduciary duties and ESG integration*, in *Univ. of Colorado Law Rev.*, 2019, p. 731 ss.

30. Sul punto v. M. Cossu, *Sostenibilità e mercati: la sostenibilità ambientale dell'impresa dai mercati reali ai mercati finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, p. 558 ss.; E. Rimini, *Sostenibilità e nuova governance delle imprese azionarie nel diritto interno e comunitario tra realtà, criticità e prospettive*, in *Giur. comm.*, 2024, p. 285 ss.

munì³¹ che tenessero in più attenta considerazione i riflessi economici che, all'interno dei mercati regolamentati, possono assumere i fattori ESG nel più immediato rapporto fra impresa e cliente, è alla base del Regolamento UE 2019/2088 del 27 novembre 2019 «relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari»³².

Tramite tale disposizione³³, quindi, si intende imporre ai partecipanti ai mercati³⁴ e ai consulenti finanziari³⁵ di integrare i rischi di sostenibilità nei processi e nelle informazioni relative ai prodotti finanziari³⁶ proposti al pubblico evidenziando, sotto tale profilo, le carenze che la direttiva 2014/95/UE presentava sul punto³⁷.

Obiettivo dichiarato da parte del regolamento è, dunque, quello di colmare il *gap* informativo – uniformando le modalità di *disclosure* – non soltanto in relazione a come l'impresa si rapporta al livello di soggetto alle tematiche ESG, ma anche alla potenziale incidenza negativa che l'avverarsi di un rischio ambientale, sociale o di *governance* potrebbe avere sul valore dell'investimento proposto, nonché su come la stessa scelta di investimento possa impattare negativamente sui suddetti profili o sia in grado di promuoverne la realizzazione³⁸.

Il dato dal quale prendere le mosse è la presenza nei moderni mercati di un variegato ventaglio di soluzioni finanziarie che, in maniera estremamente eterogenea e tutt'altro che uniforme, si presentano come offerte di investimento sensibili alle problematiche ambientali e sociali³⁹ e, in quanto tali, portatrici di una potenziale visibilità commerciale che necessita di regole comuni al fine di non determinare scompensi concorrenziali.

Si tratta quindi di disposizioni attinenti, di fatto, al trasparente utilizzo dei fattori ESG come volano per una più capillare collocazione dei prodotti finanziari ed evitare che, dietro l'etichetta di soggetto ESG *compliant* o prodotto finanziario ESG *compliant* si possano annidare utilizzi distorti dei fattori ambientali, sociali e di *governance* che non siano in grado di esprimere esternamente – non necessaria-

31. Reg. UE 2019/2088, considerando n. 5.

32. Reg. UE 2019/2088, considerando n. 9.

33. D.D. Abate e A. Travanini, *La trasparenza sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari nel nuovo Regolamento (UE) 2019/2088*, in www.dirittobancario.it.

34. Sulla cui definizione, v. art. 2, comma 1, n. 1 del Reg. UE 2019/2088.

35. Definiti dall'art. 2, comma 1, n. 11

36. Da intendersi ai sensi dell'art. 2, comma 1, n. 12.

37. Reg. UE 2019/2088, considerando n. 25.

38. Reg. UE 2019/2088, considerando n. 10.

39. Reg. UE 2019/2088, considerando n. 21.

mente per atteggiamenti di mero approfittamento dell'operatore – la reale “empatia” del soggetto o del prodotto con le suddette problematiche⁴⁰.

Va però segnalato come tale obiettivo possa di fatto raggiungersi non soltanto imponendo ai «partecipanti al mercato» ed ai «consulenti finanziari» l'obbligo di informare il pubblico dei potenziali clienti circa le caratteristiche della propria attività e dei prodotti proposti, ma facendo in modo che queste informazioni siano tali da rendere comparabili fra di loro le modalità con cui i singoli operatori integrano i rischi di sostenibilità ambientale, sociale e di *governance* nelle proprie decisioni di investimento o il livello di sostenibilità dei diversi prodotti finanziari potenzialmente appetibili per il cliente che intenda conferire ai propri investimenti una impronta ESG.

Il problema centrale è quindi, ancora una volta, quello dell'individuazione di una corretta, condivisa e vincolante tassonomia e di indicatori di sostenibilità che, universalmente adottati, rendano fruibile la trasparente informazione del cliente sui fattori ESG ai fini di una scelta di investimento che sia ponderata anche sulla scorta di dati non patrimoniali forniti. Sotto tale profilo, lo stesso regolamento invita le ESAs – in sede di *Joint committee* – ad elaborare progetti di norme tecniche che dovrebbero chiarire modalità, contenuti ed indici di sostenibilità da adottare in tale delicata fase di *disclosure*⁴¹. Non è assolutamente causale il fatto che proprio su tale profilo si sia da subito insistito al livello europeo con sforzi che hanno portato all'emanazione del Regolamento (UE) 2020/852 (il c.d. Regolamento Tassonomia) dedicato proprio alla elaborazione di un condiviso quadro definitorio che permetta non solo agli operatori del mercato di districarsi fra concetti che, evidentemente, non fanno parte del bagaglio culturale sedimentato della “finanza”, ma anche ai clienti di comprendere in che termini una certa attività finanziaria o un prodotto siano “sostenibili”. Si va dunque delineando un quadro regolatorio che, nonostante pressoché unidirezionalmente impostato sul concetto di sostenibilità ambientale, inizia a definire con crescente dettaglio l'impatto che i fattori ESG stanno avendo – ed avranno – all'interno delle dinamiche dei mercati.

40. Si tratta del fenomeno noto come *greenwashing*.

41. Cfr., il *Joint consultation paper on ESG disclosures* del 23 aprile 2020 e del conseguente *Final Report on draft Regulatory Technical Standards* del 2 febbraio 2021.

4. I fattori ESG nel mercato assicurativo

I profili sopra menzionati risultano poi ulteriormente sviluppati all'interno dei singoli mercati regolamentati tramite proprie e specifiche disposizioni di dettaglio. Volendo prendere quale mercato di riferimento quello assicurativo, va segnalato come lo stesso si dimostra particolarmente sensibile ed interessato alle variegate e molteplici ricadute economiche che risultano connesse all'integrazione dei fattori ESG nella propria attività di impresa⁴². Il dato risulta evidente, in primo luogo, dalla già sottolineata applicabilità anche agli attori del mercato assicurativo sia della direttiva 2014/95/UE⁴³ – pur se limitatamente alle imprese che raggiungano i requisiti dimensionali ivi previsti –, che dei Regolamenti UE 2019/2088 ed UE 2020/852 – pur se limitatamente ai prodotti assicurativi di investimento⁴⁴ –. Va tuttavia segnalato come, a prescindere da quanto detto, siano riscontrabili velate aperture agli aspetti non patrimoniali nello stesso codice delle assicurazioni private. All'art. 94, comma 1 *bis* c. ass.⁴⁵, infatti, già si prevedeva di includere nella relazione sulla gestione non solo gli indicatori di risultato finanziari, ma anche «se del caso, quelli non finanziari pertinenti all'attività specifica dell'impresa, comprese le informazioni attinenti all'ambiente e al personale»⁴⁶.

Se il tema ha destato attenzione al livello di normativa primaria, non meno interessanti sono gli spunti derivanti dall'analisi delle disposizioni di attuazione emanate dalle competenti Autorità europea stimolate, come sovente accade, dalle disposizioni tecniche emesse dall'EIOPA

42. Per completezza, va anche segnalato il rilievo che hanno assunto i fattori ESG nel connesso settore della previdenza complementare. Su tali profili, v. M. Catenacci, *IORP II: i fattori ESG nei processi di investimento degli enti pensionistici*, in *www.diritto bancario.it*, 2019. La stessa EIOPA si è interessata recentemente del tema con una *Opinion on the supervision of the management of environmental, social and governance risks faced by IORPs*, del 10 luglio 2019.

43. Pur se limitatamente agli aspetti climatici, di estremo interesse sono gli specifici riferimenti alle peculiarità che sul punto presentano le imprese di assicurazione per come evidenziati dagli Orientamenti della Commissione «sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario: integrazione concernente la comunicazione di informazioni relative al clima», all. I, p. 30 ss.

44. Lo ribadiscono D.D. Abate e A. Travanini, *La trasparenza sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari nel nuovo Regolamento (UE) 2019/2088*, cit.

45. Cenni sul punto in G. Iacobbone, *Art. 94*, in A. Candian e G. Carriero (a cura di), *Codice delle assicurazioni private*, Esi 2014, p. 401.

46. Comma introdotto nel codice delle assicurazioni dall'art. 1, co. 4, lett. c), del d.Lg. 2 febbraio 2007, n. 32.

che permettono di calare il discorso nelle peculiarità del mercato assicurativo⁴⁷. Questo, vedendo la propria essenza proprio nella gestione e neutralizzazione dei rischi, appare infatti un punto di osservazione privilegiato in quanto condensa al suo interno, oltre ai rischi di mercato connessi ai fattori ESG che possono potenzialmente riguardare tutti gli operatori economici, anche gli specifici rischi derivanti dai contratti di assicurazione stipulati che, ove influenzati da fattori ambientali o sociali, dovrebbero imporre una più attenta e consapevole valutazione degli stessi⁴⁸.

Non è casuale il fatto che proprio l'autorità europea di riferimento abbia posto l'accento, pur se tramite un atto di *soft law*, sulla rilevanza della corretta valutazione dei suddetti fattori proprio al fine di integrare i rischi di sostenibilità all'interno dei requisiti patrimoniali del Pilastro I delineati da *Solvency II*. Stimolata dalla Commissione europea, EIOPA ha pubblicato in data 30 aprile 2019 un *Opinion on Sustainability within Solvency II* proprio al fine di verificare come le disposizioni della direttiva europea sopra menzionata permettano una corretta valutazione nel calcolo dei requisiti prudenziali – sia sotto il profilo della valutazione degli *assets*⁴⁹ che delle *liabilities*⁵⁰ nonché, di conseguenza, della valutazione delle politiche di investimento⁵¹, di sottoscrizione⁵² e dei requisiti patrimoniali⁵³ – dei rischi di sostenibi-

47. Nonostante esuli dall'ambito specifico del presente lavoro, la tematica risulta particolarmente sentita anche – e forse soprattutto – anche all'interno del mercato mobiliare. Si vedano in dottrina, e senza pretesa di esaustività, v. A. Manfroi e A. Travaini, *Fattori ESG e investimenti socialmente responsabili alla luce del recente intervento dell'ESMA*, in www.dirittobancario.it; G.G. Salvati, *Obblighi informativi relativi a prodotti qualificati come etici o socialmente responsabili*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, p. 90 ss.

48. Il problema riguarda sia i prodotti del ramo danni sia quelli del ramo vita nelle ipotesi nelle quali la probabilità o l'entità del sinistro possa dipendere da fattori ESG. Si pensi, in relazione al ramo danni, alla rilevanza dei danni c.dd. catastrofali derivanti dai cambiamenti climatici e, in generale, ai rischi climatici. Per quanto riguarda i prodotti vita, si pensi all'incidenza dei cambiamenti climatici sulla salute dell'individuo (comparsa di nuove patologie, malattie o acuirsi di quelle già esistenti). Con specifico riferimento al mercato assicurativo, pur se limitatamente alla prospettiva ambientale, v. l'Intervento del Segretario generale IVASS, S. De Polis, *Il ruolo del settore assicurativo a sostegno della transizione dalla brown alla green economy*, del 30 ottobre 2019.

49. *Opinion on Sustainability within Solvency II*, cit., p. 11 e 21 ss.

50. *Opinion on Sustainability within Solvency II*, cit., p. 11 s. e 23 ss.

51. *Opinion on Sustainability within Solvency II*, cit., p. 12 s. e 25 ss.

52. *Opinion on Sustainability within Solvency II*, cit., p. 13 s. e 29 ss.

53. *Opinion on Sustainability within Solvency II*, cit., p. 14 ss. e 33 ss.

lità che, anche qui, vengono per il momento delineati esclusivamente quali rischi climatici⁵⁴.

Il documento menzionato risulta di estremo interesse mettendo in luce lo scarto esistente fra le modalità con cui vengono calibrati i requisiti patrimoniali in *Solvency II* – che, pur se attenti alla dimensione prospettica, risultano prevalentemente tarati su dati di corto termine – con i rischi che possono potenzialmente emergere dai cambiamenti climatici – che invece, tendenzialmente, risultano valutabili ed apprezzabili solo tramite approcci di lungo termine –⁵⁵.

Tali difficoltà di integrazione dei rischi di sostenibilità ambientale all'interno di un assetto del mercato assicurativo ormai consolidato, unito all'oggettiva difficoltà di identificare da un punto di vista qualitativo e di valutare da un punto di vista quantitativo l'impatto economico di tali rischi, spinge EIOPA a suggerire un approccio *soft* all'integrazione dei rischi di sostenibilità all'interno del Pilastro I ricorrendo, cioè, a strumenti complementari. Un approccio che dovrebbe basarsi, quindi, su analisi di scenario da includere nella Valutazione dei rischi e della solvibilità (ORSA) e sulla predisposizione di *stress test* che dovrebbero aiutare ad identificare e valutare l'incidenza che tali rischi hanno sulle sorti dell'impresa di assicurazione⁵⁶.

Non meno interessante, da ultimo, risulta il monito lasciato dal regolatore in relazione al connesso tema delle informazioni da fornire al mercato ed ai clienti sulle modalità con cui un'impresa di assicurazione si rapporta ai rischi di sostenibilità. Come evidenziato al paragrafo precedente, infatti, la direttiva 2014/95/UE si applica solo ad "enti" di determinate dimensioni mentre il Regolamento UE 2019/2088 si applica ai servizi finanziari e, per quanto riguarda il mercato assicurativo, alla sola ipotesi di prodotti assicurativi a carattere finanziario⁵⁷. La trasversalità della tematica richiederebbe, invece, un approccio maggiormente omogeneo che riesca ad integrare i rischi di sostenibilità quale elemento stabile da tenere in considerazione nella valutazione e pianificazione dell'intera attività delle imprese assicurative.

Su questa linea va quindi letta l'emanazione del Parere tecnico EIOPA «*on the integration of sustainability risks and factors in the delegated*

54. L'*Opinion* menzionata distingue i rischi climatici in *transition risks*; *physical risks* e *liability risks*.

55. Diffusamente, sul punto, le considerazioni contenute in *Opinion on Sustainability within Solvency II*, cit., p. 6.

56. *Opinion on Sustainability within Solvency II*, cit., p. 16 s. e p. 49 ss.

57. *Opinion on Sustainability within Solvency II*, cit., p. 52 s.

acts under Solvency II and IDD» pubblicato anch'esso in data 30 aprile 2019. Anche in questo caso, l'intervento proposto sugli atti delegati alle direttive sopra menzionate, presenta l'obiettivo di orientare i capitali verso investimenti maggiormente "sostenibili", individuare e gestire correttamente i rischi di sostenibilità e stimolare gli operatori economici ad adottare condotte trasparenti ed una visione di lungo termine.

Al netto delle già segnalate e persistenti problematiche connesse alla corretta individuazione di cosa debba intendersi con il concetto di "sostenibilità", il *Technical advice* sembra propendere per una definizione ampia e tale, cioè, da ricomprendere all'interno di questo concetto tanto i fattori ambientali – che la stessa EIOPA individua come maggiormente sviluppati nella considerazione che gli stessi hanno ricevuto al livello di mercato– quanto quelli sociali e di *governance*⁵⁸. Si tratta di una impostazione che ha, da ultimo, persuaso la Commissione UE che, proprio recependo le indicazioni contenute nel *Technical advice* ha modificato i relativi Regolamenti delegati nel senso dallo stesso prospettato.

Tale evoluzione ha quindi determinato una molteplicità di modifiche alle disposizioni europee di attuazione di *Solvency II* e di *IDD*. In particolare, i punti di emersione dei "rischi di sostenibilità" nell'ambito del regolamento delegato di *Solvency II* sono individuati, per il tramite del Regolamento delegato UE 2021/1256 – che modifica il Regolamento delegato UE 2015/35 – in una riarticolazione della funzione di *risk management* che dovrebbe essere chiamata ad identificare e valutare anche i rischi di sostenibilità⁵⁹ e ad includerli nel sistema di gestione dei rischi tenendo in debita considerazione i fattori ESG nelle relative politiche⁶⁰ e nella valutazione del fabbisogno di solvibilità globale⁶¹. Una valutazione dei rischi di sostenibilità che appare strumentale a permettere alle imprese di assicurazione anche di integrare gli stessi nella valutazione della sicurezza, qualità, liquidità e redditività del portafoglio nonché di valutare l'impatto a lungo termine che tali fattori possono avere sulle proprie strategie di investimento⁶².

58. EIOPA, *Technical advice on the integration of sustainability risks and factors in the delegated acts under Solvency II and IDD*, p. 5 ss.

59. V. le modifiche all'art. 269 del Regolamento delegato UE 2015/35.

60. In questo senso vanno le modifiche introdotte all'art. 260 del Regolamento delegato UE 2015/35.

61. V. la modifica introdotta al Regolamento delegato UE 2015/35 per effetto dell'introduzione del par. 1 *bis* all'art. 269.

62. In questo senso vanno lette le modifiche al Regolamento delegato UE 2015/35 effettuate con l'introduzione dell'art. 275 *bis*. V. sul punto, pur commentando il *Consultation paper* che ha dato vita al *Technical advice* che poi ha ispirato il Regolamento

Ancor più interessanti sotto il profilo della diretta ed immediata relazione fra attori del mercato assicurativo e clienti sono, però, le modifiche effettuate ai Regolamenti delegati di IDD. Particolare attenzione viene riposta, in primo luogo, alle modifiche apportate dal Regolamento delegato UE 2021/1257 al Regolamento delegato UE/2017/2359 in relazione alla possibile emersione di tali fattori nella corretta articolazione del rapporto del professionista con il cliente.

In questo senso, l'emersione di tale preoccupazione si rinviene, in primo luogo, nell'esigenza di prevenire eventuali conflitti di interessi⁶³ causati o influenzati dalla presenza di fattori ESG che possano determinare episodi di *mis-selling*. La preoccupazione traspariva chiaramente già dal *Technical advice* che poneva particolare attenzione sulla potenziale emersione di tali conflitti soprattutto nella distribuzione di prodotti assicurativi di investimento. Bisogna infatti evidenziare come, in particolar modo nelle suddette circostanze, la sensibilità del potenziale cliente verso fattori ESG – e, di conseguenza, le sue preferenze anche non patrimoniali in tema di investimenti – o le politiche di incentivi e remunerazioni previste dal distributore potrebbero generare distorsioni nella collocazione dei prodotti assicurativi. Tale manifestata finalità ha determinato una modifica dell'art. 3 del Regolamento delegato UE 2017/2359 che impone al distributore di tenere in considerazione, fra gli interessi del cliente che potrebbero astrattamente entrare in conflitto

delegato, M. Catenacci e P. Sanna, *I consultation paper di ESMA e EIOPA in materia di investimenti sostenibili*, in www.dirittobancario.it, 2019, p. 5. Va inoltre segnalato che i profili sopra descritti vengono messi in diretta relazione anche con la necessità di integrare tali fattori di sostenibilità nelle preferenze dei clienti da valutare ai fini della definizione del mercato *target* ai sensi dell'art. 25 IDD. Sul punto, v. *infra*.

63. Su cui, diffusamente, G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, 3^a ed., Giuffrè 2003, *passim*. Per la dottrina specialistica, senza pretesa di esaustività, F. Sartori, *Il conflitto di interessi tra intermediari e clienti nello svolgimento dei servizi di investimento e accessori: un problema risolto?*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 191 ss.; Id., *Il conflitto di interessi nel diritto dei contratti. Prospettive di analisi economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 283 ss.; R. Natoli, *Capitalismo finanziario avanzato e conflitti "epidemici"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 767 ss.; U. Mattei e F. Sartori, *Conflitto continuo. A un anno da ENRON negli Stati Uniti e in Europa*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 177 ss.; R. Lener, *Il conflitto di interessi nelle gestioni di patrimoni individuali e collettivi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, p. 431 ss.; S. Scotti Camuzzi, *I conflitti di interesse fra intermediari finanziari e clienti nella direttiva Mifid*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, p. 122 ss.; A. Antonucci e M.T. Paracampo, *Conflitti di interesse e disciplina delle attività finanziarie: il Titolo II della legge sul risparmio e le sue successive modifiche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, p. 285 ss.; A. Antonucci, *Regole di condotta e conflitti di interesse*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, p. 9 ss.; F. Accettella, *Il conflitto di interessi derivante da rapporto di gruppo nella prestazione di servizi di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, p. 106 ss.

con quelli del distributore, anche quelli connessi alle preferenze ambientali e sociali del destinatario del prodotto stesso.

Di particolare rilievo sono, poi, le modifiche apportate all'art. 9 del Regolamento delegato UE 2017/2359 che impongono al distributore di raccogliere anche le informazioni relative alle preferenze di sostenibilità del cliente necessarie al fine di valutare la c.d. "idoneità" del prodotto⁶⁴. Tali informazioni sulle preferenze del cliente condizionano, poi, la stessa attività di consulenza portata avanti dal distributore posto che, per effetto delle modifiche introdotte all'art. 9, par. 6 del Regolamento delegato UE 2017/2359, il consulente non potrà raccomandare al cliente un prodotto assicurativo come prodotto in linea con le preferenze di sostenibilità manifestate dal cliente ove non lo sia effettivamente⁶⁵. La stessa dichiarazione di idoneità disciplinata dall'art. 14 del Regolamento delegato UE 2017/2359 dovrà recare indicazione del modo in cui il prodotto raccomandato soddisfa «gli obiettivi di investimento del cliente, inclusa la sua tolleranza al rischio, e se gli obiettivi di investimento del cliente sono conseguiti tenuto conto delle sue preferenze di sostenibilità».

Non minore attenzione viene riposta nell'influenza che i fattori ESG possono avere nelle procedure di *design* dei prodotti assicurativi e sul conseguente impatto che questi dovrebbero avere sulle disposizioni che disciplinano la *Product governance*⁶⁶. Anche in questo caso, impor-

64. V., in particolare, le modifiche introdotte all'art. 9, par 2 lett. a e par. 4 del Regolamento delegato UE 2017/2359.

65. La nuova formulazione del paragrafo menzionato risulta, quindi, la seguente: «Un intermediario assicurativo o un'impresa di assicurazione non raccomanda prodotti di investimento assicurativi come rispondenti alle preferenze di sostenibilità di un cliente o potenziale cliente se detti prodotti non soddisfano tali preferenze. L'intermediario assicurativo o l'impresa di assicurazione spiega ai suoi clienti o potenziali clienti le ragioni per cui non lo fa e conserva la relativa documentazione. Se nessun prodotto di investimento assicurativo soddisfa le preferenze di sostenibilità del cliente o potenziale cliente, e se il cliente decide di adattare le proprie preferenze di sostenibilità, l'intermediario assicurativo o l'impresa di assicurazione conserva traccia della decisione del cliente, compresi i relativi motivi».

66. Su cui, in generale, M. De Mari, *Product governance e product intervention nella MiFID2: dalle regole di comportamento al controllo sui prodotti finanziari?*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, p. 671 ss.; S. Morlino, *La Product Governance nel nuovo regime MiFID 2*, in *www.dirittobancario.it*, 2015, p. 8; V. Troiano, *La product governance*, in V. Troiano e R. Motroni (a cura di), *La MiFID II*, Cedam, 2016, p. 2016, p. 213 ss.; P. Marano, *La product oversight & e governance tra innovazione europea e "divergenze parallele" italiane*, in *Ass.*, 2017, p. 211 ss.; Id., *La Product Oversight Governance*, in *Quaderno n. 8 IVASS*, 2017, p. 91 ss.; F. Greco, *Dall'informazione pre-contrattuale alla product governance: la tutela del risparmiatore tra paternalismo normativo e nuovi mo-*

tanti sono le novità apportate dallo stesso Regolamento delegato UE 2021/1257 al testo del Regolamento delegato UE 2017/2358, da rinvenirsi, in primo luogo, nella modifica apportata all'art. 4, comma 3 del Regolamento delegato da ultimo menzionato che impone di stabilire processi di approvazione che garantiscano la creazione di prodotti assicurativi che tengano in considerazione, oltre agli obiettivi, interessi e caratteristiche dei clienti rilevanti sotto il profilo economico, anche le loro preferenze ESG. Coerentemente con quanto evidenziato, anche nell'individuazione del mercato di riferimento – e, di conseguenza, delle caratteristiche che rilevano ai fini di una corretta distribuzione del prodotto ESG *compliant* – si dovranno tenere in considerazione la potenziale incidenza dei fattori ESG nelle scelte assicurative dei clienti al fine di poter collegare un prodotto attento ai fattori ESG ad un mercato *target* sensibile agli stessi⁶⁷. Si tratta, a ben vedere, di una pervasiva introduzione dei fattori ESG all'interno di tutta la procedura di approvazione del prodotto dovendosi tenere in considerazione tali elementi nel testare il prodotto prima della sua immissione nel mercato di riferimento⁶⁸, nell'attività di continuo monitoraggio e revisione del prodotto in relazione al mercato *target* di riferimento⁶⁹, nella selezione dei canali distributivi⁷⁰ e nell'allineare i meccanismi di distribuzione all'emersione di tale nuova sensibilità⁷¹.

5. *Segue: rilievi critici*

Si tratta, quindi, di modifiche che impongono un non secondario sforzo di riorganizzazione dell'impresa assicurativa alla quale si chie-

delli regolatori, in *Dirittobancario.it*, 2017, p. 1 ss. Con specifico riferimento al mercato assicurativo, V.F. Sanasi D'Arpe, *Riflessioni sul governo e controllo del prodotto nel mercato assicurativo*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 62. Evidenzia comunque l'esigenza di una regolamentazione comune a tutti e tre i mercati regolamentari di tale strumento E. Galanti, *La product oversight governance (POG) tra marketing e sana e prudente gestione*, in *Dir. mer. ass. fin.*, 2017, p. 360.

67. Cfr. le modifiche apportate all'art. 5 del Regolamento delegato UE 2017/2358 che pone anche l'accento sulla necessità di formare il personale di cui si avvalgano gli attori del mercato assicurativo in modo da dotarlo di competenze che lo rendano idoneo a comprendere anche i riflessi che i fattori ESG possono avere nella progettazione e distribuzione dei prodotti assicurativi.

68. V., la nuova formulazione dell'art. 6 del Regolamento delegato UE 2017/2358.

69. Cfr., il nuovo art. 7 del Regolamento delegato UE 2017/2358.

70. Così, l'attuale art. 8 del Regolamento delegato UE 2017/2358.

71. V., le modifiche apportate all'art. 10 del Regolamento delegato UE 2017/2358.

de, di fatto, di aggiornare i processi di valutazione e ponderazione dei rischi, le proprie *policy* in tema di conflitto di interessi, le procedure di *Product oversight governance* e le stesse strategie di investimento. Nell'immediato rapporto con il potenziale cliente, poi, appare evidente come tutto ciò generi la necessità di coordinare tali novità con le disposizioni che disciplinano i profili relativi alla consulenza ed alle informazioni precontrattuali attive e passive da dare al (o ricevere dal) futuro assicurato⁷².

Bisognerà poi ipotizzare che l'integrazione dei fattori ESG, quali elementi che pervadono l'intera attività assicurativa, debbano ripercuotere i loro effetti sulle modalità con cui si dovrà procedere alla valutazione di idoneità e di adeguatezza del prodotto assicurativo soprattutto nel caso di prodotti di investimento assicurativi. Ciò risulta necessario tanto nelle ipotesi in cui il rischio di sostenibilità possa incidere potenzialmente sul rendimento del prodotto distribuito, ma anche in tutte le ipotesi nelle quali il prodotto preveda di orientare gli investimenti verso attività sottostanti che vengano identificate come sensibili ai fattori ESG. Tale ultimo profilo apre un'ulteriore problematica dovendosi verificare che cosa accada nel caso in cui il prodotto sia inadeguato rispetto alle esigenze ESG del cliente ma si riveli, in ultima istanza, positivo sotto il profilo del suo rendimento economico. Bisogna domandarsi, in tale circostanza, se risulti ipotizzabile una responsabilità dell'intermediario che non abbia tenuto in debita considerazione gli interessi non patrimoniali del cliente e, nel caso, che tipologia di danno possa essere riconosciuto ad un cliente che, di fatto, ha subito un incremento patrimoniale derivante da un investimento inadeguato⁷³.

Il profilo sembra di estrema delicatezza poiché chiama il distributore in sede di valutazione dell'idoneità del prodotto proposto, a bilanciare interessi patrimoniali e non patrimoniali rilevanti per il potenziale cliente nella consapevolezza che, sovente, la prevalenza data ad uno potrebbe pregiudicare la realizzazione dell'altro.

Se sicuramente va salutata con estremo favore l'attenzione che è stata riservata da parte del Regolamento delegato UE 2021/1257 all'esigenza

72. In una prospettiva più generale, nota la centralità che assume una corretta regolamentazione delle informazioni che, in ogni fase ed in ogni ambito, devono essere date o ricevute dagli attori del mercato al fine di rendere effettiva la sua "sostenibilità", J.L. Fisch, *Making Sustainability Disclosure Sustainable*, in *Georgetown Law Journal*, 2019, p. 923 ss.

73. Sul punto v. C. Mignone, *Investimento a impatto sociale: etica, tecnica e rischio finanziario*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 937.

di modificare gli artt. 9 ss. del Regolamento delegato UE 2017/2359⁷⁴, sembra che tale punto continui a rappresentare forse il momento nel quale maggiori attriti potrebbero emergere in termini di potenziale conflitto fra interessi patrimoniali del cliente e la sua sensibilità verso il profilo della sostenibilità.

Un più stretto coordinamento fra tali aspetti risulta quindi necessario ed imprescindibile al fine di delineare una normativa maggiormente armonica e coerente e permettere in maniera più ampia e completa l'emersione dei fattori ESG all'interno del mercato assicurativo. Non va infatti trascurato che solo un concreto e deciso coinvolgimento dei settori finanziari nella tutela, rispetto e promozione dei fattori ESG può portare ad una realizzazione degli obiettivi, sicuramente ambiziosi, espressi dall'Unione in tema di finanza sostenibile.

74. Va infatti segnalato che nel *Technical advice* menzionato tali aspetti venivano poco considerati.

LE CLAUSOLE DI SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE

Cristiana Boiti

1. Premessa: individuazione della tematica in esame

La crescente attenzione al tema della sostenibilità e al principio dello sviluppo sostenibile¹ si riflette attualmente anche nell'ambito dei rapporti privatistici² e, più in generale, nel diritto dei contratti. La virtuosa sensibilità dei consumatori e degli *stakeholder* (chiamati pure *greenholder*) nei confronti della dimensione ambientale, volta a tutelare l'ambiente quale *habitat* dell'uomo³, ha difatti portato all'introduzione sempre più diffusa nella contrattualistica di «requisiti di sostenibilità» sotto forma di clausole di sostenibilità ambientale.

Sì che, sebbene l'interesse per siffatte clausole sia stato inizialmente legato al loro inserimento obbligatorio nei contratti⁴, come a titolo

1. Sul principio dello sviluppo sostenibile si veda il documento «Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile» adottato dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, il quale racchiude 17 obiettivi (Sustainable Development Goals – SDGs) fondati sulle c.dd. 5 P (persone, pianeta, prosperità, pace, partnership), articolati in 169 *targets*.

2. Così S. Landini, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Esi 2016, p. 343.

3. Sull'interesse ambientale quale «fattore trainante dello sviluppo e del miglioramento della qualità della vita e dell'ambiente» v. M. Pennasilico, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, 3, p. 58 ss.

4. Cfr. il d.lg. 4 luglio 2014, n. 102, attuativo della Direttiva 2012/27/UE, che al fine di sviluppare l'efficienza energetica prevede espressamente, all'art. 6, il rispetto di determinati «requisiti minimi». Per maggiori approfondimenti v., tra gli altri, M. Pennasilico, *Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell'officina dell'interprete*, in *Politica del diritto*, 2018, p. 25, spec. nt. 61.

esemplificativo nella legislazione relativa agli appalti pubblici «verdi» che prevede i c.dd. «criteri minimi ambientali»⁵, è la loro copiosa applicazione nella prassi contrattuale a suscitare una riflessione sulla questione.

A tal proposito, un loro ampio utilizzo si rinviene nei contratti di *franchising*⁶, tanto che si discorre di *green franchising*, nei quali l'impresa affiliante, mettendo a disposizione il proprio *know-how* anche in termini di riduzione delle emissioni inquinanti, richiede all'affiliato il rispetto di determinati *standard* di ecosostenibilità previsti nei rispettivi codici etici. Ugualmente avviene in quelli di subfornitura, nei quali il subfornitore, dopo aver dichiarato di aver preso visione e di conoscere il codice etico, si impegna a realizzare i propri prodotti secondo *standard* di produzione dettati dall'impresa committente e ispirati a specifici criteri di sostenibilità.

Ed ancora, si osserva il diffondersi di un numero sempre maggiore di quelle che vengono definite «locazioni verdi» con una espressione che allude all'inclusione di clausole volte a garantire il rispetto da parte dei conduttori di precisi requisiti di ecosostenibilità. In particolare, tali contratti prevedono una serie di oneri di manutenzione, gestione, monitoraggio, informativa ecc., tesi a massimizzare l'efficienza energetica e la sostenibilità dell'immobile locato⁷.

5. I c.dd. CAM sono requisiti ambientali volti a individuare le soluzioni progettuali, nonché il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita, tenuto conto della disponibilità di mercato e al fine di diffondere tecnologie e prodotti ecocompatibili, di cui l'art. 57, comma 2, del nuovo Codice dei contratti (d.lg. 31 marzo 2023, n. 36) prevede l'obbligatorietà ai fini della selezione delle offerte. Tale obbligatorietà era comunque già presente nel precedente codice (artt. 64, comma 4 bis, e 68 bis, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163), così come modificato dalla l. 28 dicembre 2015, n. 221 sulla *green economy* e sul contenimento dell'uso eccessivo di risorse. Sul tema v., C. Irti, *Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato*, in *Contratti e impresa. Europa*, 2017, 1, p. 183 ss.; S. Villamena, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2017, 3, p. 101 ss.; A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2023, 3, p. 64 ss.; G. Sorrentino, *Clausole sociali e criteri di sostenibilità nel nuovo codice dei contratti pubblici. Riflessioni a prima lettura*, in *Le Corti Salernitane*, 2023, 1.

6. S. Landini, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, cit., pp. 344 e 357.

7. Sulle locazioni verdi, v. A. Alamanni, *La sostenibilità nella teoria del contratto (contratto in chiave "ecologica" e "sociale", certificazioni energetiche negli atti dispositivi)*, in L. Mezzasoma, G. Berti de Marinis (a cura di), *Diritto dell'economia e sviluppo sostenibile*, Esi 2024, p. 65.

Non si possono poi non considerare i c.dd. mutui verdi⁸ – grazie anche alle misure e agevolazioni fiscali che li riguardano – nei quali il finanziamento è volto a favorire l'acquisto di immobili con una elevata efficienza energetica o l'incentivazione di lavori di riqualificazione, come progetti di bioedilizia e domotica, per migliorare il risparmio energetico. Strettamente collegati sono i c.dd. contratti di «rendimento energetico» o di «prestazione energetica» definiti come l'accordo tra il beneficiario e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata contrattuale, dove gli investimenti compiuti (lavori, forniture o servizi) trovano il proprio corrispettivo in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza realizzato⁹.

Già da questa breve e non esaustiva elencazione casistica è possibile evincere come la sostenibilità, nella sua dimensione ambientale, riguardi anche l'ambito contrattuale – tra privati e non – nella cornice dell'autonomia negoziale¹⁰ riconosciuta dall'ordinamento giuridico proprio attraverso la previsione di clausole di sostenibilità. Muovendo da questa premessa e prescindendo dalla prospettabilità o meno della figura del contratto «a rilevanza ecologica» quale categoria a sé che tanto anima la dottrina¹¹, le considerazioni che seguono si pro-

8. V. S. Persia, *Profili contrattuali dello sviluppo ecologico: dalle locazioni ai mutui verdi*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, 3, p. 185 ss. Si consideri altresì la recente Direttiva UE 2024/1275 del 24 aprile 2024, c.d. Direttiva Case Green, sulla prestazione energetica nell'edilizia, concepita con lo scopo di rendere l'industria edile più sostenibile ed efficiente dal punto di vista energetico, sulla quale v. A. Muratori, *Direttiva 2024/1275/UE: in vigore la Direttiva EPBD IV*, in *Amiente & sviluppo*, 2024, p. 323 ss.

9. Così l'art. 2, comma 2, del d.lg. n. 102 del 2012, cit. Per un approfondimento di tale contratto v. M. Maugeri, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, in *La Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2014, II, p. 420 ss.; F. Benatti, *Il contratto di rendimento energetico*, in P. Biandrino, M. De Focatiis (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, Wolker Kluwer 2017, p. 137 ss.; V. Cappelli, *Contratto e principio dello sviluppo sostenibile. Il caso degli Energy Performance Contracts*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2019, 3, p. 18 ss.

10. Secondo M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi «economica» del contratto*, in *www.personaemercato.it*, 2015, n. 1, p. 37 ss., spec. p. 45 ss. [e in P. Pollice (a cura di), *Liber Amicorum per B. Grasso*, Esi 2015, p. 473 ss.], «[l']ecologia non è tanto l'oggetto di rapporti negoziali, ma rappresenta la finalità alla cui promozione e tutela si conforma l'autonomia negoziale». V. anche A. Jannarelli, *Principi ambientali e conformazione dell'autonomia negoziale: considerazioni generali*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi «ecologica» del diritto contrattuale*, cit., p. 19 ss.

11. La questione è alquanto dibattuta. Sinteticamente, a sostegno: M. Pennasilico,

pongono di affrontare alcune delle principali questioni relative alle suddette clausole.

2. Clausole di sostenibilità ambientale e trasparenza

Tra le problematiche cui possono dar luogo le clausole di sostenibilità ambientale particolari spunti di riflessione sono offerti dal profilo relativo alla loro trasparenza.

Come noto, la trasparenza, nonostante si possa evincere – seppure in modo indiretto – da una serie di disposizioni presenti nel codice civile¹² quali le norme sul dolo¹³, sull'errore, sul rispetto della buona fede tanto nella fase precontrattuale, dell'interpretazione o dell'esecuzione del contratto, sulle condizioni generali dello stesso, di moduli o formulari¹⁴, che sono volte a loro modo a fronteggiare squilibri contrattuali, trova la sua decisa e compiuta affermazione nella disciplina delle clausole vessatorie. Quest'ultima, infatti, contenuta nel codice del consumo, è diretta proprio a sanzionare o – quanto meno – a ridurre gli effetti della «congenita disparità»¹⁵ di forza negoziale esistente tra professionista e consumatore, sostituendo all'«equilibrio formale» fra i diritti e obblighi fra le parti un «equilibrio reale» finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra le medesime¹⁶.

Sviluppo sostenibile e «contratto ecologico»: un altro modo di soddisfare i bisogni, in *Rassegna di diritto civile*, 2016, 4, p. 298 ss.; M.G. Cappiello, *Il contratto "a rilevanza ecologica": nuovi scenari civilistici a tutela dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, 1, p. 121 ss.; E.W. di Mauro, *Sviluppo sostenibile e contratto «ecologicamente orientato»*, in G. Capaldo (a cura di), *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, Roma, Sapienza Università Editrice 2023, p. 69 ss.; *contra*: S. Pagliantini, *Sul c.d. contratto ecologico*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, cit., p. 367 ss., il quale afferma che «[c]ontratto ecologico [...] è un'espressione raffinata ma predicata di un valore soltanto descrittivo» (p. 381, corsivo dell'Autore).

12. Sul punto V. Rizzo, *Itinerario e nuove vicende della trasparenza (con particolare riguardo ai contratti del consumatore)*, in *Le Corti umbre*, 2016, 1, p. 86 ss., spec. p. 87 s.

13. Si pensi, in particolare, all'ipotesi del dolo incidente di cui all'art. 1440 c.c. idoneo a produrre i suoi effetti sul consenso, incidendo sulla trasparenza nella fase delle trattative.

14. Ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. l'efficacia è difatti subordinata alla loro conoscenza o conoscibilità.

15. In questi termini, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed. riscritta e ampliata, Esi 2020, p. 41.

16. A tal proposito la giurisprudenza è pressoché granitica. *Ex multis* e di recente, Corte giust., 8 giugno 2023, c. 455/21, in *Leggi d'Italia on line*.

Altrettanto noto è altresì che, dinanzi al diffondersi di contratti caratterizzati da disparità di potere contrattuale e dalla presenza di forti asimmetrie, anche e soprattutto di natura informativa, sono state introdotte in diversi settori numerose regole volte a garantire la trasparenza del regolamento negoziale¹⁷. Ciò si può riscontrare, ad esempio, nella normativa relativa ai contratti bancari¹⁸, nella disciplina del credito immobiliare ai consumatori¹⁹ o ancora in quella dell'intermediazione finanziaria²⁰ nonché «nell'ambito dei contratti tra imprese con diversa forza contrattuale»²¹, quali, tra gli altri, quelli di subfornitura o di *franchising*. Inoltre, non si può dimenticare che un forte riflesso relativo alla trasparenza è contenuto nella disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette²².

17. Così V. Rizzo, *Principio di trasparenza e tutela del «contraente debole»* (con particolare riguardo al settore assicurativo – e finanziario –), in L. Mezzasoma, A. Bellucci, A. Candian, P. Corrias, S. Landini, E. Llamas Pombo (a cura di), *La Banca-Assicurazione*, Esi 2017, p. 49, precisa che la trasparenza «è considerata come una “idea forte” del nostro tempo, come un “principio” diffusamente recepito ed espresso che trova attuazione anche con “regole di dettaglio”». Cfr. altresì Id., *Trasparenza e «contratti del consumatore»* (La novella al codice civile), cit., p. 9.

18. Tale normativa è decisamente permeata dalla trasparenza e la bibliografia è molto ampia. Tra i più recenti: E. Caterini, *La trasparenza bancaria*, in E. Capobianco (a cura di), *I contratti bancari*, in *Trattato Rescigno-Gabrielli*, Wolters Kluwer 2016, p. 135 ss.; A. Barenghi, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2018, p. 143 ss.; F. Quarta, *Trasparenza e determinatezza dell'oggetto nei contratti di finanziamento con “ammortamento alla francese”*. Commento a Collegio di Coordinamento ABE, 8 novembre 2022, n. 14376, in *Rivista di diritto bancario*, 2022, I, 4, p. 715 ss.; G.M. Marsico, *Trasparenza bancaria e nullità con funzione di protezione: tra clausole dogmatiche, asimmetria informativa e meritevolezza*, in *Il Nuovo diritto delle società*, 2024, 3, p. 413 ss.

19. Cfr. S. Tommasi, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Esi 2018; C. Gabbanelli, *Contratti di credito ai consumatori tra esigenza di armonizzazione delle normative nazionali e tutela effettiva della trasparenza*, in *Corriere giuridico*, 2019, p. 116 ss.

20. Sulla trasparenza finanziaria, senza pretesa di esaustività, v. E. Corapi, *La trasparenza nel settore finanziario del mercato unico europeo*, in P. Perlingieri, *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Esi 2005, p. 55 s.; M. Hazan, E.V. Piccolo, *Gli obblighi di adeguatezza in capo al “broker”*, in *Danno e responsabilità*, 2017, p. 646 ss.; G. Romagnoli, *Trasparenza e finanza sostenibile. Il “ruolo” delle autorità di controllo*, in *Assicurazioni*, 2024, 1, p. 51 ss.

21. Così V. Rizzo, *Principio di trasparenza e tutela del «contraente debole»* (con particolare riguardo al settore assicurativo – e finanziario –), cit., p. 49. Sul contratto di *franchising* e violazione degli obblighi di trasparenza, v. L. Guerrini, *Sulla violazione degli obblighi di informazione in materia di affiliazione commerciale*, in *Contratto e impresa*, 2005, 3, p. 1263 ss.

22. F. Bartolomucci, *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 1416 ss.

Da tale ampio e variegato scenario emerge una idea di trasparenza da intendersi principalmente, se non addirittura esclusivamente, in termini di correttezza e di equilibrio contrattuale²³. La regola di trasparenza richiede, infatti, una vera e propria «consapevolezza» circa il contenuto del contratto nel suo complesso, tanto nel suo significato giuridico quanto in quello economico, non potendosi limitare alla mera «conoscibilità» né ricondursi al semplice rispetto dell'endiadi «chiarezza e comprensibilità» di cui all'art. 35, comma 1, c. cons. E ciò in linea con l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia che in più occasioni ha affermato – con riferimento alla disciplina consumeristica – che la clausola è redatta in modo chiaro e comprensibile quando sia non soltanto leggibile per il consumatore sul piano grammaticale, ma il contratto stesso esponga in modo trasparente il funzionamento della clausola ivi inserita in modo da consentirgli di valutarne le conseguenze economiche²⁴. Difatti, la mancanza di trasparenza potrebbe impedire al contraente di cogliere le *chances* offerte dal mercato comportando una deformazione dello stesso e di conseguenza «uno svantaggio ed una iniquità sul piano contenutistico»²⁵.

Il principio di trasparenza, pertanto, ci consente di parlare di 'contraente partecipe', nel senso che questi è messo in condizione non di "subire" passivamente il mercato ma di "orientarlo" con le sue scelte consapevoli. E in questo senso egli può – o potrebbe – indirizzarlo a fini ambientali o comunque eco-sostenibili, con evidenti ripercussioni sul funzionamento della concorrenza e sul comportamento delle imprese, ora improntato alla diligenza (anche) ambientale²⁶.

23. S. Pagliantini, *voce Trasparenza contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Giuffrè 2012, p. 1303 ss., nel delineare i rimedi e le differenze con il modello tedesco, precisa che «[l']ordinamento italiano ha mostrato infatti di voler preferire una trasparenza, quale clarté del testo contrattuale, che funge semmai da premessa idonea a disvelare uno squilibrio occulto».

24. In questo senso, tra le tante, Corte giust., 30 aprile 2014, c. 26/13, consultabile in *www.curia.europa.eu*; conformemente Corte giust., 23 aprile 2015, c. 96/14, ivi, in tema di contratti assicurativi.

25. V. Rizzo, *Trasparenza e «contratti del consumatore» (La novella al codice civile)*, cit., p. 19 ss.

26. Si allude alla recente Direttiva UE 2024/1760 del 13 giugno 2024, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (c.d. *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* – CSDDD o CS3D), che impone alle imprese di grandi dimensioni l'obbligo di considerare nelle proprie scelte di business la promozione di interessi connessi al perseguimento della sostenibilità sociale o ambientale, nonché l'esigenza di mitigare gli impatti negativi che la stessa ha sulla società civile e sull'ambiente. Si vedano al riguardo, M. Capelli, R. Penazio, *Dalla "Corporate sustainability reporting*

Queste brevi osservazioni sulla trasparenza, unite alla constatazione che molto spesso le clausole di sostenibilità ambientale sono inserite in contratti standardizzati in cui una parte aderisce al testo contrattuale predisposto dalla controparte, si riflettono evidentemente sui contratti che contengono la clausola *green*.

La questione si pone in quanto le clausole qui in esame, benché formulate in termini formalmente chiari e comprensibili, utilizzano pressoché costantemente espressioni ambientali come *eco-friendly*, *carbon natural*, zero emissioni, *net zero*, climaticamente neutro – tanto per citare le più diffuse – le quali, presentandosi come ‘generali e generiche’, possono pregiudicare significativamente il contraente che si vincola a perseguire determinate finalità ambientali²⁷.

Ne consegue, pertanto, che diventa imprescindibile verificare se il contraente abbia potuto realizzare una preferenza ambientale e eco-sostenibile effettivamente libera, voluta e consapevole, avendo compreso sia il contenuto della clausola che le conseguenze che derivano dalla conclusione del contratto, vincolandosi cioè con piena cognizione di causa. Sì che, in definitiva, occorrerà accertare se la clausola di sostenibilità ambientale sia o meno rispettosa del principio di trasparenza, tenendo però sempre conto delle specifiche circostanze del caso concreto, tra le quali occorre necessariamente annoverare anche le peculiari ‘qualità’ della parte contrattuale²⁸.

directive” alla “Corporate Responsibility Due Diligence”: comunicazione di sostenibilità e impatto ambientale, in *Il Nuovo diritto delle società*, 2023, 7, p. 1161 ss.; M. Giovannone, *The European directive on ‘corporate sustainability due diligence’: the potential for social dialogue, workers’ information and participation rights*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 2024, 1, p. 227 ss. Sull’importanza della trasparenza anche nella promozione della responsabilità sociale delle imprese, v. L. Marchegiani, *Riflessioni su informazione non finanziaria, comunicazione d’impresa e fiducia degli “stakeholders”*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 1, p. 105 ss.

27. La questione non è di poco conto se solo si considera che la Direttiva UE 2024/825 sulla responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell’informazione (c.d. *Empowering Consumers for the Green Transition*), che modifica quella sulle pratiche commerciali sleali (Direttiva 2005/29/CE) nonché quella sui diritti dei consumatori (Direttiva 2011/83/UE), ha inserito il divieto di dichiarazione ambientale generica non comprovata da evidenze di veridicità, vietando ad esempio l’uso di termini come «carbon neutral» o «eco» nelle dichiarazioni sui prodotti, se non dimostrabili. Sull’utilizzo non conforme delle dichiarazioni ambientali, v. C. Cosentino, *“Environmental claims”: quando la disinformazione «si veste di verde»*, in *Comparazione e diritto civile*, 2023, 1, p. 79 ss.

28. Si pensi, a tal proposito, alla figura del cliente vulnerabile sulla quale, tra i più recenti, v. E. Battelli, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in *Rivista di diritto civile*, 2022, 5, p. 939 ss.; v. G. Berti de Marinis, *Equilibrio del mercato e vulne-*

3. La clausola di sostenibilità ambientale non trasparente

Ciò detto, ci si interroga ora su cosa accada se la clausola di sostenibilità ambientale dovesse risultare non trasparente, non avendo consentito al contraente di effettuare una scelta realmente ponderata e consapevole circa la finalità ambientale perseguita con la conclusione del contratto.

Per rispondere a siffatto interrogativo, finanche in conseguenza della precisazione fatta in precedenza sull'importanza di valutare debitamente il singolo caso concreto e le qualità anche soggettive del contraente, occorre distinguere l'ipotesi in cui la clausola di sostenibilità ambientale non trasparente sia contenuta in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista da quella in cui la stessa sia contenuta in un contratto tra professionisti. Ciò altresì in considerazione dell'evoluzione²⁹ della nozione stessa di «consumatore» di cui all'art. 3, comma 1, lett. a, c. cons., inizialmente circoscritta alla sola «persona fisica» che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, e attualmente, grazie ad una maggiore attenzione al profilo di debolezza del contraente ad opera della giurisprudenza e del legislatore, estesa ben al di là di questa rigida lettura³⁰.

Così, nel caso in cui la clausola di sostenibilità ambientale non trasparente sia contenuta in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista – come ad esempio nel mutuo *green*³¹, nella locazio-

abilità dei contraenti deboli, in *La Cittadinanza europea*, 2023, 2, p. 191 ss.; A. Scotti, *Soggetti vulnerabili e problemi di accesso al mercato bancario e finanziario*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 1, p. 71 ss.

29. Per tutti, L. Mezzasoma, *Il consumatore e il professionista*, in G. Perlingieri, L. Mezzasoma, M. Angelone (a cura di), *Manuale di diritto dei consumi*, Esi 2024, p. 15 ss. V., altresì, F. Azzarri, *Spigolature attorno alla definizione di 'consumatore'*, in *Contratti*, 2021, 1, p. 60 ss.; C.A. Valenza, *La figura del consumatore nel codice del consumo*, in G. Capilli (a cura di), *I contratti del consumatore*, Giappichelli 2021, p. 67 ss.; A. Camedda, *Il consumatore di prodotti assicurativi attivo e responsabile*, in *Assicurazioni*, 2024, 1, p. 72 ss.

30. Sull'evoluzione della nozione di consumatore L. Mezzasoma, *Consumatore e Costituzione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2015, n. 1, p. 311 ss.; Id., *La definizione di consumatore nelle procedure di sovraindebitamento*, in *Teoria e prassi del diritto*, 2022, n. 1, p. 11 ss. V. altresì D. Melano Bosco, *Il superamento della teoria del c.d. professionista di rimbalzo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2021, 4, p. 836 ss.; M. Girolami, *La saga del fideiussore consumatore*, in *Rivista di diritto bancario*, 2022, p. 655 ss.

31. Sulla equiparazione del mutuatario con il consumatore, in giurisprudenza, v. di recente Corte gius., 23 novembre 2023, c. 321/22, in *Leggi d'Italia on line*, che applica la disciplina delle clausole vessatorie al mutuatario. Nello stesso senso, anche Corte

ne³² verde o nel contratto di rendimento energetico – in prima istanza la «sanzione»³³ alla violazione della trasparenza si rinviene nella regola di interpretazione³⁴ di cui all'art. 35, comma 2, c. cons., la quale dispone che, in caso di dubbio sul senso di una clausola, deve prevalere l'interpretazione più favorevole al consumatore. Sebbene tale regola sia ispirata al canone della *interpretatio contra proferentem o stipulatorem* sancito dall'art. 1370 c.c., essa non rappresenta un suo duplicato³⁵ avendo un

giust., 20 aprile 2023, c. 263/22, ivi, ove si precisa ulteriormente che «[a]i fini del rispetto del requisito della trasparenza delle clausole contrattuali, sono di rilevanza essenziale le informazioni fornite al consumatore prima della conclusione del contratto sulle condizioni dell'impegno, nonché, in particolare, l'illustrazione delle particolarità del meccanismo di presa a carico delle rate dovute al mutuante in caso di inabilità totale del mutuatario, di modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano». Si veda anche G. Tarantino, *Consumatore e professionista: due nozioni "a geometrie variabili"*, in *giustiziacivile.com*, 2019, 10, che annota Corte giust., 21 marzo 2018, c. 590/17, secondo la quale il dipendente di un'impresa e il suo coniuge, che concludono con detta impresa un contratto di mutuo, riservato in via principale ai membri del personale di tale impresa, destinato a finanziare l'acquisto di un bene immobile per fini privati, devono essere considerati «consumatori» ai sensi della Direttiva 93/13/CEE. In dottrina si vedano, E. Bevilacqua, M. Labriola, *Codice del consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio*, in *Rivista del notariato*, 2007, 3, p. 703 ss.; M. Intravaia, *Il "restyling" della nozione di consumatore*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 3, p. 385 ss.; M. Scali, *Eccessiva onerosità sopravvenuta del mutuo e tutela del consumatore*, in *Cultura e diritti*, 2017, 2-3, p. 43 ss.

32. Anche il contratto di locazione potrebbe essere attratto nella disciplina consumeristica. Secondo la Corte di Giustizia, infatti, i contratti di locazione per uso abitativo servono a soddisfare un'esigenza essenziale del consumatore che ha, di conseguenza, diritto a una protezione rafforzata nei confronti del locatore, quando questi agisce nell'ambito della propria attività professionale. In questi termini, Corte giust., 30 maggio 2013, *Dirk Frederik Asbeek Brusse e Katarina de Man Garabito contro Jahani BV*, in www.eur-lex.europa.eu. V. anche N. Scripelliti, *Tecniche di protezione del contraente debole, tra Codice del consumo, disciplina speciale delle locazioni e Codice civile*, in *Archivio delle locazioni e del condominio*, 2008, 6, p. 603 ss.

33. V. Rizzo, *Trasparenza e «contratti del consumatore»* (*La novella al codice civile*), cit., p. 89, osserva – seppure con riferimento all'art. 1469 quater c.c. (ora art. 35 c. cons.) – che il primo comma è «la fondamentale espressione della regola primaria», ovvero della regola di trasparenza, «rinvenendo nel secondo comma una sua possibile forma di esplicazione e di sanzione».

34. Sul punto ampiamente e per tutti, V. Rizzo, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Esi 1983, p. 306 ss.

35. M. Pennasilico, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, 4ª ed., Giappichelli 2021, p. 77, precisa che «[n]on si tratta, peraltro, di una disposizione inutile». Diversamente, ritengono sia una mera ripetizione di quanto stabilito dall'art. 1370 c.c. L. Bigliazzi Geri, *A proposito della proposta di attuazione della*

diverso ambito di operatività. Non riguarda, infatti, soltanto i contratti *standard* ma anche il contratto di adesione predisposto dal professionista per una singola operazione, a differenza invece della regola contenuta nel codice civile che si riferisce unicamente ai contratti conclusi mediante condizioni generali di contratto, moduli e formulari. Ad ogni modo essa rappresenta una regola la cui operatività presuppone che la non trasparenza si traduca in un «dubbio» sul significato della clausola e dunque che vi siano almeno due accezioni possibili, dovendosi in questo caso privilegiare quella più favorevole al consumatore.

Il meccanismo di conservazione del contratto tratteggiato dalla regola interpretativa non è però l'unico rimedio astrattamente ipotizzabile nei confronti di una clausola di sostenibilità ambientale non trasparente. Ad esso, infatti, si aggiunge quello sanzionatorio rappresentato dalla nullità di protezione³⁶ di cui all'art. 36, comma 1, c. cons. che sanziona la vessatorietà della clausola. Ne deriva quindi che se è vero che la non trasparenza della clausola può trovare soluzione nella sua interpretazione a favore del consumatore, è altrettanto vero che questa non sempre può dirsi risolutiva ai fini della tutela della libertà di scelta di quest'ultimo³⁷.

Spesso, infatti, le clausole di sostenibilità ambientale si presentano come eccessivamente onerose per il consumatore che si deve uniformare alla clausola *green*, imponendogli ad esempio l'acquisto e l'uso di tecnologie a basso consumo o di fonti rinnovabili e, quindi, investimenti non sempre in linea con le proprie previsioni economiche.

Ebbene, proprio l'art. 34, comma 2, c. cons. indica all'interprete di considerare come vessatoria una clausola che di per sé non lo sarebbe, come appunto quella riguardante l'«adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi», ma che diventa tale qualora il suddetto aspetto non

direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in C.M. Bianca, G. Alpa (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Cedam 1996, p. 327; F. Franceschelli, *I contratti per adesione e l'interpretazione contro l'autore delle clausole*, in C.M. Bianca, G. Alpa (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit., p. 463 ss.

36. S. Polidori, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Esi 2016, p. 5, ritiene che la nullità di protezione sia, in generale, una tecnica d'intervento pensata a beneficio del contraente che accede alla negoziazione con bagaglio informativo inferiore rispetto a quanto vantato dalla sua controparte.

37. S. Landini, *Chiarezza e comprensibilità dell'oggetto del contratto e obblighi di informativa nelle più recenti sentenze della Corte di giustizia*, in E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Esi 2017, I, p. 1023.

sia individuato «in modo chiaro e comprensibile». Ne consegue pertanto che il giudizio di vessatorietà sulla clausola di sostenibilità ambientale non è escluso *tout court*, ma è correlato o, più precisamene, subordinato alla violazione della regola di trasparenza.

Così delineati i rimedi astrattamente ipotizzabili dinanzi ad una clausola di sostenibilità ambientale non trasparente contenuta in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista, occorre ora verificare cosa accade alla stessa clausola non trasparente inserita in un contratto tra professionisti, come ad esempio in un *green franchising* o in un contratto di subfornitura, ove pure si ravvisano profili di debolezza contrattuale.

In queste ipotesi intervengono le regole interpretative codicistiche (artt. 1362-1370 c.c.), tra le quali viene in rilievo la regola dapprima richiamata di cui all'art. 1370 c.c. secondo la quale le clausole contenute in contratti predisposti per una serie indefinita di rapporti – come nel caso dei *green franchising* – si interpretano «nel dubbio» in senso sfavorevole al predisponente e, dunque, contro l'impresa affiliante. Così come può trovare applicazione la regola ermeneutica descritta nell'art. 1367 c.c., per la quale nel «dubbio» tra due significati possibili attribuibili al contratto o a singole clausole questi «devono interpretarsi nel senso che possono avere qualche effetto», anziché in quello secondo il quale non ne avrebbero alcuno³⁸. La preferenza per quest'ultimo criterio potrebbe presentarsi, ad esempio, nel caso in cui l'interpretazione contro lo stipulante non corrisponda con il significato teso ad assicurare un effetto ecologico virtuoso e ciò anche in considerazione del dovere di diligenza ai fini della sostenibilità alle quali le imprese sono tenute.

Certamente, nella individuazione dei rimedi in astratto prospettabili un ruolo particolarmente importante è rappresentato dal canone della buona fede o correttezza dettato dall'art. 1366 c.c. secondo il quale «il contratto deve essere interpretato secondo buona fede» e, dunque, in modo da evitare significati unilaterali o comunque contrastanti con l'affidamento ingenerato nella controparte³⁹. Come noto, infatti, il canone della buona fede consente di operare un sindacato di ragionevolezza

38. Propone una siffatta soluzione, con riferimento ad un contratto di appalto verde M. Pennasilico, *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi*, in Aa.Vv., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale in ricordo di Giovanni Gabrielli, Esi 2015, p. 249 ss., spec. p. 259.

39. Così, da ultimo, Cass., 19 marzo 2018, n. 6675, in www.italggiure.giustizia.it. Cfr. anche Cass., 20 maggio 2004, n. 9628; Cass., 25 maggio 2007, n. 12235; Cass., 23 ottobre 2014, n. 22513; Cass., 6 maggio 2015, n. 9006, tutte in *ivi*.

e dunque un bilanciamento tra interessi contrapposti che, in questo specifico ambito, consentirà di attribuire alla clausola un significato rispondente ai fini ambientali, valorizzando così la dimensione ecologica del contratto. E, a tal proposito, la giurisprudenza è solita affermare che nell'interpretare il contratto secondo buona fede occorre avere «riguardo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto» stesso⁴⁰, precisando che con riferimento ad un contratto di *franchising*, proprio in virtù del canone di buona fede, una clausola contrattuale non può essere interpretata nel senso di consentire all'affiliante di danneggiare l'affiliato eliminandolo dal mercato, né di negare la radice stessa della causa di collaborazione sottesa al *franchising*⁴¹.

Si tratta, come evidente, di regole interpretative, che nell'individuare la disciplina più appropriata e ragionevole del singolo caso concreto⁴², sono tutte accumulate dalla finalità di conservare il contratto non solo e non più in funzione del contraente debole, ma anche della rilevanza ambientale perseguita dal contratto stesso.

Alla luce di tutto ciò e volendo raccogliere le fila di quanto detto, stante l'assenza di una indicazione espressa circa la sanzione alla non trasparenza di una clausola di sostenibilità ambientale, pare potersi evincere la rilevanza del singolo caso concreto. Sarà, infatti, soltanto quest'ultimo ad orientare l'interprete nella scelta del rimedio più adeguato⁴³, ovvero più congruo per proporzionalità e ragionevolezza, di fronte ad una clausola di sostenibilità ambientale non trasparente.

4. Considerazioni conclusive

Quanto sin qui osservato ci consente ora di formulare alcuni brevi rilievi conclusivi.

40. In questi termini, Cass., (ord.) 4 giugno 2021, n. 15707, in *DeJure on line*, in tema di contratto preliminare.

41. Trib. Isernia, 12 aprile 2006, in *DeJure on line*.

42. M. Pennasilico, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, cit., p. 84.

43. In generale sulla scelta del rimedio, V. Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e impresa*, 2005, 3, p. 896 ss., definisce la ricerca del rimedio più adeguato alla fattispecie come una «prova di grande fantasia e mobilità». Ed ancora, P. Perlingieri, *Regole del mercato e tutela dell'investitore: riflessioni a margine della MiFID*, in S. Adamo, E. Capobianco, P.A. Cucurachi (a cura di), *Regolamento del mercato finanziario e contratto con gli investitori*, Esi 2010, p. 315, ricorda che «[i]l rimedio è un "utensile" che va adeguato all'interesse che si intende tutelare».

In primo luogo pare potersi evincere come il contratto, proprio grazie all'inserimento di clausole di sostenibilità ambientale, si presenti quale strumento idoneo a tutelare interessi generali⁴⁴, tra cui anche quello ambientale, attuativo di valori fondamentali legati alla persona e all'*habitat* nel quale egli vive.

Inoltre, la riflessione condotta su tali clausole ci consente di rilevare come la valorizzazione della dimensione ecologica che esse comporta si ponga in linea con i principi costituzionali, quali il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 cost. e di sussidiarietà orizzontale *ex* art. 118, comma 4, cost. che legittima l'«autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale», nonché con i principi contenuti nei trattati europei volti a promuovere lo sviluppo sostenibile⁴⁵.

Ed ancora, dall'analisi effettuata appare emergere come siffatte clausole costituiscano una risposta concreta alla necessità di bilanciare l'esercizio della libertà economiche con la responsabilità verso l'ambiente e le future generazioni. E in questa delicata operazione di bilanciamento la trasparenza, intesa quale consapevolezza circa la convenienza giuridica ed economica del contratto, assolve un ruolo decisivo per realizzare effettivamente la finalità di tutela ambientale perseguita dai contraenti, confermando al contempo la sua centralità e rilevanza nell'ordinamento giuridico. Ciò sembra essere avvalorato anche dalla recente normativa eurounitaria che sempre più frequentemente individua nel rispetto della trasparenza un aspetto determinante, come avvenuto ad esempio in materia di finanza sostenibile che mira ad accrescere il ruolo dei fattori di sostenibilità (anche ambientale) nei parametri valutativi dei rischi connessi con l'attività creditizia. E proprio in considerazione della rilevanza della valutazione sulle *performance* ambientali sono stati introdotti precisi obblighi di trasparenza ad opera del Regolamento UE 2019/2088⁴⁶ relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (c.d. Regolamento SFDR o *Disclosure*) – oggi integrato dal Regolamento delegato UE 2022/1288 – con riferimento a prodotti

44. S. Landini, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, cit., p. 344, definisce il contratto come «veicolo di istanze sociali e strumento di salvaguardia di interessi generali».

45. Cfr., tra gli altri, l'art. 3, §3 e §5, TUE, relativo agli obiettivi della politica comunitaria nonché l'art. 21, §2, lett. d e f, TUE.

46. Per un approfondimento di tale regolamento, v. G. Berti de Marinis, *L'impresa di assicurazione e la distribuzione dei prodotti assicurativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da Mengoni e Schlesinger, continuato da V. Roppo e F. Anelli, Giuffrè 2023, spec. p. 485 ss.

che promuovono «tra le altre [...], caratteristiche ambientali o sociali, o una combinazione di tali caratteristiche» (art. 8) e prodotti che hanno come obiettivo investimenti sostenibili (art. 9). E in questo senso si pone anche la disciplina di trasparenza in materia di coefficiente di attivi verdi (c.d. *green asset ratio*) contenuta negli *standards* EBA che, a partire dal gennaio 2024, richiedono alle banche di sintetizzare e comunicare periodicamente alla Banca Centrale Europea (BCE) sotto forma di KPI (*key performance indicators*) il rapporto tra finanziamenti ecosostenibili erogati a società soggette alla Direttiva 2014/95 in linea con il Regolamento UE 2020/852 (c.d. Regolamento Tassonomia) e l'ammontare del portafoglio crediti.

E alla luce di ciò, in definitiva, emerge come la trasparenza operi su due fronti, tanto nel particolare proteggendo il singolo contraente, quanto nel generale tutelando il buon funzionamento del mercato, dimostrando e confermando la sua valenza protettiva, ma allo stesso tempo promotrice, della finalità ambientale.

LA DECLINAZIONE DELLA SOSTENIBILITÀ NELLA CONCESSIONE DEL CREDITO

Monica Pucci

1. L'incidenza dei fattori ESG nell'accesso al credito da parte delle imprese. Le *Guidelines* dell'*European Banking Authority*

La capacità delle aziende di gestire il proprio impatto in termini ambientali, sociali e di *governance*¹ è sempre più cruciale in fase di accesso al credito: i fattori ESG², infatti, sono diventati uno degli aghi della bilancia nella decisione degli istituti bancari di concedere o meno le linee di prestito³, in quanto gli stessi sono chiamati a riservare massima

1. M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Rivista delle Società*, 2009, I, p. 12, definisce la *Corporate Social Responsibility* come «l'integrazione su base volontaria dei problemi sociali ed ambientali delle imprese nelle loro attività commerciali e nelle loro relazioni con altre parti».

2. I fattori di tipo ambientale (*Environmental*) includono questioni come quelle della mitigazione dei cambiamenti climatici e della transizione verso la neutralità climatica, cioè verso un'economia ad emissioni zero, nonché temi relativi alla salvaguardia della biodiversità, alla prevenzione dell'inquinamento e all'economia circolare. I fattori di tipo sociale (*Social*) si riferiscono a questioni relative alle disuguaglianze e all'inclusione, alle relazioni di lavoro, agli investimenti in formazione e al benessere della collettività, nonché al rispetto dei diritti umani. Infine, il governo societario (*Governance*) delle istituzioni pubbliche e private ha un ruolo fondamentale nell'assicurare che considerazioni di tipo sociale e ambientale entrino nei loro processi decisionali, ad esempio attraverso le politiche di diversità nella composizione degli organi di amministrazione, la presenza di consiglieri indipendenti, etc. In merito all'incidenza dei fattori ESG sull'attività d'impresa v. R. Rolli, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa, modelli di governance e nuove responsabilità*, il Mulino 2020.

3. Il *rating* ESG racchiude una serie di elementi di valutazione utilizzati nel settore finanziario al fine di giudicare la sostenibilità degli investimenti in un'ottica di valutazione complessiva dell'impresa che va oltre i risultati puramente economici, guardando

attenzione alla gestione del rischio di credito in ottica di sostenibilità⁴ tanto in fase di concessione quanto di monitoraggio del credito⁵, fino ad arrivare alla fase di eventuale recupero qualora il percorso dell'impresa verso la transizione ecologica si arresti⁶.

L'accesso al credito delle imprese, in altri termini, è sempre più condizionato dalla finanza sostenibile, ovvero dalla scelta degli operatori del mondo bancario di far confluire capitali soprattutto verso imprese che realizzano politiche virtuose in campo ambientale, sociale e di governo societario e, quindi, ad investire in realtà che compiono scelte sostenibili⁷. E ciò in quanto le banche non possono non tenere conto sia dei rischi d'impresa derivanti dalla crisi ambientale, sia del fatto che il cambiamento di sensibilità e di preferenze dei consumatori potrebbe colpire la competitività dell'impresa finanziata⁸.

Ne consegue che ad oggi sia sempre più difficile che una banca finanzi il progetto di un'impresa che non si adegui ai parametri di sostenibilità, considerato che l'*European Banking Authority* (di seguito EBA) – nel perseguimento dell'obiettivo di contrastare l'esposizione del sistema creditizio verso crediti non performanti – ha rivolto l'invito al sistema dell'intermediazione creditizia a riconoscere esplicitamente, all'interno del concetto di rischio economico-finanziario, la componente di rischio ambientale e sociale.

alla solidità della stessa dal punto di vista delle *performance* ambientali, sociali e di *governance*. Cfr. C. Mio, *L'azienda sostenibile*, Laterza 2021, p. 112 ss. V., anche, M. Gargantini, M. Siri, *Informazione derivata e sostenibilità: la regolazione dei rating e dei benchmark ESG nell'Unione Europea*, in *Rivista delle Società*, 2023, p. 637 ss. e G. Strampelli, *ESG, disclosure di sostenibilità e stewardship degli investitori istituzionali*, *ibidem*, p. 828 ss.

4. Sul concetto trasversale di sostenibilità v. G. Perlingieri, «Sostenibilità», *ordinamento giuridico e «retorica dei diritti»*. A margine di un recente libro, in *Foro napoletano*, 1, 2020, p. 101 ss. e E. Caterini, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Esi 2018.

5. Cfr. R. Lener e P. Lucantoni, *Sostenibilità ESG e attività bancaria*, in *Banca, borsa titoli di credito*, 2023, p. 6 ss.

6. In proposito, C. Campagna, *Credito e sostenibilità*, in *Corti Umbre*, 2, 2023, p. 353 ss.

7. V. N. Linciano, E. Cafiero, A. Ciavarella, G. Di Stefano, E. Levantini, G. Mollo, S. Nocella, R. Santamaria, M. Taverna, *La finanza per lo sviluppo sostenibile*, in *Quaderni Consob*, 1° giugno 2021.

8. V. R. Lener e P. Lucantoni, *Sostenibilità ESG e attività bancaria*, cit., p. 6 ss., i quali osservano che «(...) il canone della “sana e prudente gestione” assolve, non solo per la singola banca ma a livello sistemico, la funzione di indurre alla “prudenza” nell'assunzione dei rischi nell'esercizio dell'attività bancaria».

Nelle Linee Guida sulla concessione e sul monitoraggio del credito⁹ – le quali introducono regole stringenti sulla gestione dei prestiti – è stato, infatti, espressamente previsto che la concessione del credito a piccole, medie e grandi imprese, sia subordinata ad una preventiva valutazione dei criteri ESG di sostenibilità¹⁰ e ciò in quanto la *performance* economico-finanziaria delle imprese è esposta, in misura rilevante, ai condizionamenti determinati dai fattori ambientali e sociali. Ciò implica che gli istituti bancari, in fase di concessione del credito, non dovranno più soffermarsi esclusivamente sulla valutazione degli aspetti finanziari del progetto per cui si richiede il finanziamento, ovvero sulla solidità finanziaria del cliente e l'idoneità delle garanzie prestate, bensì dovranno valutare adeguatamente, in sede di verifica del merito creditizio, anche i rischi connessi al cambiamento climatico e alla transizione ecologica strettamente correlati al credito¹¹, come pa-

9. V. EBA, *Guidelines on Loan Origination and Monitoring (LOM)*, in vigore dal 30 giugno 2021, consultabili in www.eba.europa.eu. Tali Linee Guida si articolano in 5 macro sezioni sulle quali gli intermediari finanziari devono focalizzarsi per la gestione dei crediti nella fase sia di concessione che di monitoraggio del credito: a) Sezione 4 (*Governance* Interna): fornisce indicazioni sulle modalità di strutturazione della *Governance* interna degli intermediari per efficientare la gestione dei processi di concessione e monitoraggio del credito; b) Sezione 5 (*best practices*): disciplina dettagliatamente la fase di istruttoria e di concessione del credito; in tale sezione vengono individuate le “*best practices*” da seguire e i requisiti di merito che la Banca deve valutare oltre alla documentazione che deve essere acquisita per la valutazione; c) Sezione 6 (determinazione del *pricing*): illustra le aspettative delle Autorità di Vigilanza per la determinazione del prezzo da applicare alla clientela, individuato sulla base del rischio assunto dall'ente erogante; d) Sezione 7 (valutazione delle garanzie reali): definisce le modalità di valutazione delle garanzie reali (immobiliari e non); e) Sezione 8 (requisiti di vigilanza): si concentra sui requisiti di vigilanza necessari ai fini del monitoraggio continuo del rischio di crediti e delle esposizioni creditizie.

10. «Gli enti dovrebbero valutare l'esposizione del cliente ai fattori ESG, in particolare ai fattori ambientali e all'impatto sul cambiamento climatico, e l'adeguatezza delle strategie di mitigazione, come specificate dal cliente»: così dispone il punto n. 126 delle *Guidelines on Loan Origination and Monitoring*, cit.

11. In proposito R. Lener e P. Lucantoni, *Sostenibilità ESG e attività bancaria*, cit., p. 6 ss., parlano di «tripla prospettiva di valutazione dell'affidabilità creditizia della controparte, in quanto l'istituto di credito dovrà valutare tanto la solidità finanziaria del cliente quanto, in negativo, l'esposizione delle garanzie a rischi climatici e, in positivo, la rilevanza degli impieghi in una prospettiva di transizione ecologica del paese. Ne consegue che, a titolo meramente esemplificativo, un finanziamento ad una impresa che offre servizi di noleggio auto per il rinnovo del parco veicoli potrà essere valutato diversamente a seconda che sia o meno vincolato alla transizione verso auto elettriche o a minor impatto ambientale.

rametro di valutazione indispensabile per aumentare la sicurezza dei prestiti accordati¹².

Il legame fra accesso al credito e fattori ESG è, quindi, duplice in quanto le banche sono invitate a controllare che le aziende rispettino questi parametri, ma al contempo sono indotte a favorire una concessione di credito se i progetti da finanziare li perseguono, assumendo un ruolo essenziale nel facilitare la riallocazione delle risorse finanziarie necessarie a sostenere la transizione verso sistemi economici maggiormente sostenibili.

Ne consegue che le imprese richiedenti credito saranno tenute a produrre adeguati e verificati flussi informativi idonei a dimostrare la propria solidità attraverso la predisposizione di piani aziendali e rapporti prospettici basati sul futuro. Ciò implica che dovranno dotarsi di idonei strumenti che permettano di poter costruire *report*, analisi e *business plan* da presentare alle banche in occasione della richiesta di credito. E se questo non costituisce un problema per le grandi imprese che dispongono di strumenti volti a fronteggiare le nuove richieste in tema di fattori ESG, sicuramente diventa un limite per le imprese di minori dimensioni chiamate a fornire dati sui rischi di sostenibilità, senza essere di fatto dotate di una struttura capace di elaborarli.

Ciò nonostante, l'entrata in vigore delle *Guidelines* dell'EBA ha sicuramente rappresentato il primo passo verso una standardizzazione che possa aiutare, da un lato, gli istituti di credito nella valutazione ed inclusione dei fattori ESG al fine di consentire uno svolgimento dell'attività creditizia che sia più sicura possibile; dall'altro, le imprese ad acquisire una maggiore consapevolezza in merito ai requisiti necessari al fine di poter avere un accesso al credito a condizioni agevolate che consenta di raggiungere gli obiettivi prefissati e, al tempo stesso, di avere un equo ritorno dal punto di vista finanziario.

2. Il quadro normativo di riferimento: la direttiva 2022/2464/UE e l'informativa di sostenibilità

La svolta verso una finanza sostenibile nasce a livello comunitario: è il legislatore europeo che sta imponendo questo approccio innovativo attraverso un quadro normativo sempre più orientato alla sostenibilità¹³.

12. Cfr. AIFIRM, *L'integrazione dei fattori ESG nella valutazione del rischio di credito*, Position Paper n. 29, giugno 2021.

13. V. R. Ibba, *L'introduzione di obblighi concernenti i fattori ESG a livello UE: dalla*

In tale ottica, da un lato è stato creato un sistema di classificazione comune per le attività economiche sostenibili, la c.d. “tassonomia dell’UE”¹⁴, mediante il regolamento (UE) 2020/852 (relativo all’istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili)¹⁵ che ha introdotto una classificazione delle attività che possono essere considerate eco-sostenibili¹⁶ sulla base dell’allineamento agli obiettivi ambientali dell’Unione Europea ed al rispetto di alcune clausole di carattere sociale, cui si affianca il regolamento (UE) 2019/2088 (in materia di informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari) che fornisce una precisa definizione di «investimento sostenibile» (art. 2, n. 17)¹⁷, nonchè delinea norme comuni a diverse categorie di operatori finanziari sulla divulgazione di informazioni sui temi di sostenibilità, richiedendo

direttiva 2014/95 alla proposta di direttiva sulla corporate sustainability due diligence, in Banca borsa titoli di credito, 2023, p. 433 ss.

14. La tassonomia rappresenta una guida sia per gli investitori, in quanto permette loro di integrare i temi di sostenibilità nelle politiche d’investimento e di comprendere l’impatto ambientale delle attività economiche nelle quali investono o potrebbero investire; sia per le imprese, consentendo di valutare le proprie attività, definire politiche aziendali in ottica di una maggiore sostenibilità ambientale e rendicontare agli *stakeholder* in modo più completo e comparabile.

15. In proposito, T. Di Marcello, *Strategia europea sulla finanza sostenibile, informazione societaria e possibili riflessi sulla gestione della società*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2023, p. 607 ss.

16. L’art. 3 del regolamento prevede espressamente che un’attività economica possa qualificarsi come ecosostenibile qualora soddisfi i seguenti quattro criteri: 1) contribuisca in modo sostanziale al raggiungimento di uno o più degli obiettivi ambientali di cui all’art. 9 del regolamento; 2) non arrechi un danno significativo a nessuno degli obiettivi ambientali di cui all’art. 9; 3) sia svolta nel rispetto delle garanzie minime di salvaguardia previste all’art. 18 del regolamento; 4) sia conforme ai criteri di vaglio tecnico fissati dalla Commissione europea.

17. Art. 2, n. 17: «“investimento sostenibile”: investimento in un’attività economica che contribuisce a un obiettivo ambientale, misurato, ad esempio, mediante indicatori chiave di efficienza delle risorse concernenti l’impiego di energia, l’impiego di energie rinnovabili, l’utilizzo di materie prime e di risorse idriche e l’uso del suolo, la produzione di rifiuti, le emissioni di gas a effetto serra nonchè l’impatto sulla biodiversità e l’economia circolare o un investimento in un’attività economica che contribuisce a un obiettivo sociale, in particolare un investimento che contribuisce alla lotta contro la disuguaglianza, o che promuove la coesione sociale, l’integrazione sociale e le relazioni industriali, o un investimento in capitale umano o in comunità economicamente o socialmente svantaggiate a condizione che tali investimenti non arrechino un danno significativo a nessuno di tali obiettivi e che le imprese che beneficiano di tali investimenti rispettino prassi di buona *governance*, in particolare per quanto riguarda strutture di gestione solide, relazioni con il personale, remunerazione del personale e rispetto degli obblighi fiscali».

ad operatori e consulenti finanziari di comunicare come tengano in considerazione rischi e impatti ambientali, sociali e di *governance* a livello di soggetto ed a livello di prodotto¹⁸.

Dall'altro, tra gli interventi normativi più significativi in materia si colloca la direttiva 2022/2464/UE del 14 dicembre 2022 sulla rendicontazione societaria di sostenibilità (c.d. CSRD: *Corporate Sustainability Reporting Directive*), che modifica la direttiva 2014/95/UE¹⁹ (c.d. NFRD: *Non Financial Reporting Directive*) relativa alle informazioni di carattere «non finanziario» delle grandi imprese di interesse pubblico (banche, imprese assicurative, società quotate)²⁰.

La CSRD – entrata in vigore il 5 gennaio 2023²¹ – mira a rafforzare la normativa sulla rendicontazione non finanziaria che coinvolge le imprese dell'Unione Europea e a promuovere la trasparenza e la divulgazione di informazioni da parte delle imprese riguardo agli impatti ambientali, sociali e di *governance* delle loro attività, attraverso un rafforzamento

18. Il regolamento impone specifici requisiti di *disclosure* per i prodotti che promuovono caratteristiche ambientali o sociali (art. 8) e per i prodotti che hanno come obiettivo investimenti sostenibili (art. 9).

19. In proposito, T. Di Marcello, *Strategia europea sulla finanza sostenibile, informazione societaria e possibili riflessi sulla gestione della società*, cit., p. 607 ss. e R. Ibba, *L'introduzione di obblighi concernenti i fattori ESG a livello UE: dalla direttiva 2014/95 alla proposta di direttiva sulla corporate sustainability due diligence*, cit., p. 433 ss.

20. La *Non Financial Reporting Directive* è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 254/2016 (in proposito v. E. Bellisario, *Rischi di sostenibilità e obblighi di disclosure: il d.lgs. n. 254/16 di attuazione e della dir. 2014/95/UE*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, I, p. 19 ss.; S. Bruno, *Dichiarazione non finanziaria e obblighi degli amministratori*, in *Rivista delle società*, 2018, IV, p. 974 ss.; C. Del Prete, D. Ricci, *Comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità*, D. Lgs. n. 254/2016: *introduzione alla disciplina e problematiche applicative*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2017, IV, p. 509 ss.) che ha sancito l'obbligo di redigere una dichiarazione non finanziaria per gli Enti di Interesse Pubblico (o i gruppi) di grandi dimensioni, ovvero che nell'esercizio di riferimento abbiano avuto un numero medio di dipendenti superiore a 500 e, alla data di chiusura del bilancio, un totale attivo dello stato patrimoniale superiore a 20 milioni di euro o ricavi netti superiori a 40 milioni di euro.

21. Le disposizioni della CSRD sono applicabili dall'esercizio fiscale 2024 alle imprese che già tenute alla redazione della rendicontazione non finanziaria secondo la normativa vigente, dal 2025 alle grandi imprese non ancora soggette alla normativa sulla dichiarazione non finanziaria e dal 2026 alle piccole medie imprese i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato di uno Stato membro. Per un commento alla direttiva, v. L. Solimene, *La direttiva CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive) e i nuovi standard EFRAG*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2022, p. 595 ss. e T. Di Marcello, *Strategia europea sulla finanza sostenibile, informazione societaria e possibili riflessi sulla gestione della società*, cit., p. 607 ss.

degli obblighi di *reporting* sulle stesse gravanti. L'obiettivo perseguito è quello di consentire l'accesso da parte di investitori e *stakeholders* ad un'informativa sulla sostenibilità maggiormente dettagliata, chiara, esaustiva e quanto più possibile standardizzata, con evidenti conseguenze positive per il mercato finanziario in termini di completezza informativa, trasparenza e comparabilità dei dati.

In particolare, il nuovo provvedimento comunitario sostituisce il termine «dichiarazione di carattere non finanziario» usato dalla direttiva 2014/95/UE, con quello di «informazioni sulla sostenibilità». La modifica non è meramente terminologica²² e sottende l'idea secondo la quale le informazioni sulla sostenibilità non sono più qualificabili come «non finanziarie», ma hanno un chiaro impatto sul piano finanziario dell'impresa²³.

In tale ottica, la direttiva elimina la possibilità – prevista dalla precedente normativa – di pubblicare le informazioni di sostenibilità in una relazione distinta e separata rispetto alla relazione sulla gestione stilata dagli amministratori ai sensi dell'art. 2428 c.c.: la rendicontazione di sostenibilità dovrà obbligatoriamente essere collocata all'interno della relazione annuale sulla gestione (che deve essere redatta in conformità ai principi di rendicontazione di sostenibilità ed all'art. 8 del c.d. regolamento tassonomia²⁴) in un'apposita sezione, divenendone dunque parte integrante.

22. In proposito, L. Solimene, *La direttiva CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive) e i nuovi standard EFRAG*, cit., p. 595, osserva che «La differenza marca il passaggio da una nozione di sostenibilità definita per negazione – ovvero intesa come “tutto ciò che non è finanziario” – ad una visione più accreditata e autonoma delle tematiche ESG, che assumono così pari dignità e autorevolezza rispetto alle informazioni finanziarie».

23. Cfr. il considerando n. 8: «Molti portatori di interessi ritengono che l'espressione «di carattere non finanziario» sia imprecisa, in particolare perché implica che le informazioni in questione non siano affatto pertinenti sul piano finanziario. Sempre più spesso, tuttavia, tali informazioni sono in realtà pertinenti sul piano finanziario. Molte organizzazioni e iniziative e molti professionisti del settore della rendicontazione di sostenibilità fanno riferimento alle «informazioni sulla sostenibilità». È dunque preferibile utilizzare l'espressione «informazioni sulla sostenibilità» anziché «informazioni di carattere non finanziario (...)». Sul punto R. Ibba, *L'introduzione di obblighi concernenti i fattori ESG a livello UE: dalla direttiva 2014/95 alla proposta di direttiva sulla corporate sustainability due diligence*, cit., p. 433 ss. osserva che «Con questa precisazione, (...) l'UE vuole sottolineare che sostenibilità e situazione finanziaria di un'impresa non sono due compartimenti stagni ma possono avere reciproche ripercussioni l'uno sull'altro. Considerazione, questa, che prima non era mai stata espressa in termini così netti».

24. Tale disposizione prevede che le imprese soggette all'obbligo di rendicontazione di sostenibilità vi includano informazioni su come e in che misura le attività dell'impresa siano associate ad attività economiche considerate ecosostenibili.

Le finalità principali perseguite dalla direttiva CRSD sono quelle di fornire rendicontazioni di sostenibilità – da redigere, come si vedrà nel prosieguo, secondo gli *European Sustainability Reporting Standards* – che siano: *a)* complete di tutte le informazioni oggetto di interesse degli *stakeholder*, *b)* comparabili, tramite metodologie *standard* di rendicontazione a livello europeo, *c)* affidabili, nonché *d)* più coerenti con il più ampio quadro giuridico in materia di finanza sostenibile – inclusi i regolamenti precedentemente citati in materia di informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari e sulla tassonomia – e *e)* strumentali agli obiettivi del *Green Deal* europeo²⁵.

A tal fine, la nuova disciplina CSRD vede come destinataria una platea molto più ampia di soggetti: dalle generiche grandi società quotate cui si riferisce la direttiva 2014/95/UE si passa, con un notevole ampliamento del perimetro di applicazione, a tutte le imprese di grandi dimensioni (siano esse quotate o meno)²⁶ o comunque imprese madri di gruppi di grandi dimensioni (indipendentemente dalla qualifica di enti interesse pubblico) ed a tutte le PMI quotate in mercati regolamentati dell'UE, escluse le microimprese. Quanto al contenuto della dichiarazione, le imprese dovranno indicare, secondo il principio della “doppia rilevanza” del rapporto tra impresa e fattori ambientali o sociali (c.d. *double materiality*), tutte le informazioni necessarie alla comprensione dell'impatto che la propria attività ha sulle persone e sull'ambiente (prospettiva c.d. *inside-out*), nonché quelle necessarie a comprendere il modo in cui le questioni di sostenibilità influiscono sull'andamento dell'impresa, sui suoi risultati e sulla sua posizione commerciale (prospettiva c.d. *outside-in*). Si viene in tal modo a ridefinire e specificare – superando i limiti di vaghezza che hanno caratterizzato la precedente

25. La trasmissione di informazioni in merito ai rischi di sostenibilità cui le imprese sono esposte ed all'impatto che la loro attività ha sulle persone e sull'ambiente assume un'importanza fondamentale per l'efficace attuazione degli obiettivi europei perseguiti attraverso il *Green Deal* che, collocandosi nell'ambito delle più recenti strategie in materia di sviluppo sostenibile, mira a trasformare l'Unione Europea in un'economia sostenibile dal punto di vista climatico entro il 2050 (cfr. C. D'orta, *Green Deal 2030 un progetto per garantire sostenibilità e promuovere un «ambientalismo maturo»*, in *Comparazione e diritto civile*, 2021, p. 99 ss.).

26. Cfr. L. Solimene, *La direttiva CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive) e i nuovi standard EFRAG*, cit., p. 595, secondo il quale il significativo ampliamento del numero delle imprese soggette all'obbligo di rendicontazione non finanziaria rappresenta un cambiamento significativo e «sfidante» specie per le imprese non quotate che, secondo la disciplina previgente, erano soggette ad una rendicontazione di sostenibilità esclusivamente su base volontaria.

normativa – il contenuto dell’obbligo di *disclosure* gravante sulle imprese, chiarendo il livello di dettaglio delle informazioni richieste.

Sebbene il termine per l’attuazione della direttiva CSRD negli ordinamenti nazionali era fissato al 6 luglio 2024, il relativo decreto di recepimento è stato adottato, nel nostro ordinamento, solo nel mese di settembre 2024²⁷.

Le principali novità introdotte riguardano il sistema sanzionatorio a fronte della violazione degli obblighi previsti, nonché l’obbligo di attestazione di conformità della rendicontazione di sostenibilità. Si tratta di due profili che, già in sede di consultazione pubblica dello schema di decreto, avevano suscitato diverse reazioni.

In particolare, quanto al servizio di *assurance* sulle rendicontazioni di sostenibilità, il Governo non ha inteso avvalersi dell’opzione offerta dalla direttiva CSRD di prevedere che prestatori indipendenti di servizi di attestazione possano fornire tale servizio²⁸ che, al contrario, resta riservato esclusivamente ad un revisore legale o ad una società di revisione abilitati anche all’attività di rendicontazione di sostenibilità²⁹. Il rischio connesso a tale previsione è di un innalzamento dei costi connessi al *reporting* di sostenibilità, nonché dei tempi necessari per la revisione associati alla crescita esponenziale della relativa domanda.

Ciò non toglie che attraverso la previsione, introdotta dalla direttiva CSRD, dell’obbligo di attestazione di conformità sia stato potenziato il sistema dei controlli in merito all’adempimento degli obblighi imposti dalla normativa rispetto al controllo meramente formale richiesto dalla direttiva 2014/95/UE – secondo cui il professionista incaricato della revisione dei conti si limitava a verificare che fosse stata presentata la dichiarazione non finanziaria senza entrare nel merito – che, al contrario,

27. D.lgs. 6 settembre 2024, n. 125 di attuazione della direttiva 2022/2464/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022, recante modifica del regolamento 537/2014/UE, della direttiva 2004/109/CE, della direttiva 2006/43/CE e della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità, pubblicato nella G.U. Serie Generale n. 212 del 10.09.2024.

28. Il comma 11 dell’art. 18, tuttavia, prevede che entro 18 mesi dell’entrata in vigore del decreto, il Ministero dell’economia e delle finanze e la Consob condurranno uno studio volto a verificare i benefici e gli oneri connessi alla scelta di beneficiare di prestatori indipendenti di servizi di valutazione della conformità della rendicontazione di sostenibilità, sulla base anche delle scelte operate dalle altre nazioni europee (la Francia, ad esempio, già in sede di recepimento della direttiva ha attribuito anche agli organismi di certificazione accreditati la possibilità di validare i bilanci di sostenibilità).

29. Cfr. l’art. 8 del decreto.

non garantisce ai destinatari la completezza ed affidabilità dell'informativa loro rivolta³⁰.

In merito al regime sanzionatorio applicabile, la versione originaria dello schema di decreto prevedeva che, in caso di violazioni degli obblighi ivi previsti, si applicassero le sanzioni penali previste per le false comunicazioni sociali *ex art.* 2621 e 2622 c.c. Tale impostazione, tuttavia, presentava il limite di comportare un'assimilazione della disciplina sanzionatoria a quella prevista per le informazioni finanziarie senza tenere in adeguato conto la natura peculiare delle informazioni di sostenibilità.

L'attuale art. 10 del decreto, invece, non richiamando più – senza, tuttavia, escluderla – l'applicabilità delle norme in materia di false comunicazioni sociali, introduce un regime sanzionatorio specifico (soggetto, per i due anni successivi all'entrata in vigore del decreto, alla previsione di un tetto massimo per le sanzioni amministrative pecuniarie) solo per le società quotate, mediante l'attribuzione alla CONSOB del potere di applicare le sanzioni amministrative previste dall'art. 193 del T.U.F. per l'inosservanza degli obblighi di informazione societaria. Per le società non quotate, invece, continueranno ad applicarsi i rimedi previsti dal codice civile a fronte delle violazioni dei doveri gravanti sugli amministratori, tra cui il dovere di garantire che la rendicontazione di sostenibilità sia redatta in conformità al decreto.

3. Gli *standard* europei per il *reporting* di sostenibilità (ESRS)

Appurato che i fattori ESG giocano un ruolo sempre più importante nell'accesso al credito e nel rapporto fra banche e imprese in quanto strumenti di misurazione della sostenibilità degli investimenti³¹, non si

30. In proposito si evidenzia che, seppure la direttiva 2014/95/UE prevedeva unicamente l'obbligo per i revisori legali e per le imprese di revisione di accertare l'avvenuta presentazione della dichiarazione non finanziaria e lasciava agli Stati la libertà di valutare se imporre un ulteriore obbligo di controllo di conformità, il legislatore italiano in sede di recepimento ha optato per l'inserimento di questo controllo aggiuntivo, anticipando di fatto questo ulteriore adempimento.

31. La peculiare attenzione che il settore bancario ripone sulla rendicontazione ESG si desume anche dalle "Aspettative di vigilanza relative alla gestione dei rischi climatici e ambientali" emanate dalla BCE (v. BCE, *Guida sui rischi climatici e ambientali. Aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi e informativa*, novembre 2020, consultabile in www.bankingsupervision.europa.eu) in cui si stabilisce (punto 13, p. 5) che le banche «dovrebbero pubblicare informazioni significative e metriche fondamentali sui rischi climatici e ambientali che ritengono rilevanti, tenendo debitamente conto

può omettere di osservare che, prima della emanazione della direttiva CSRD, l'obiettivo delle banche di prestare massima attenzione alla gestione del rischio di credito in ottica di sostenibilità non fosse facilmente perseguibile, soprattutto a causa delle difficoltà connesse alla raccolta delle informazioni necessarie su attività ambientale, sociale e di *governance* delle aziende e dell'esigenza di avvalersi di metodologie idonee a realizzare una valutazione affidabile dei rischi ESG delle imprese.

Le imprese soggette agli obblighi di rendicontazione “non finanziaria” di cui alla direttiva 2014/95/UE avevano, infatti, la facoltà di scegliere liberamente quale *standard* adottare tra quelli già esistenti, nonché la possibilità di utilizzare una metodologia autonoma di rendicontazione. Questa ampia discrezionalità ha comportato un'evidente difficoltà per la comparabilità e affidabilità delle informazioni, rendendo più complessa per gli investitori la possibilità di tenere conto adeguatamente dei rischi, delle opportunità e degli impatti connessi ai fattori di sostenibilità nelle proprie decisioni di investimento³², incidendo così negativamente sull'elaborazione del *rating* ESG.

In un tale contesto, l'adozione di uno *standard* unico di rendicontazione rappresenta uno dei cambiamenti più rilevanti introdotti dalla direttiva CSRD: la previsione di un livello di standardizzazione delle informazioni e dei metodi di *reporting* facilita, infatti, la comparazione delle varie informazioni da parte degli investitori permettendo loro di prendere decisioni effettivamente consapevoli.

Dinnanzi alla necessità di creare uno *standard* di valutazione e definire meccanismi di certificazione dei dati raccolti e degli indicatori, la Commissione Europea ha attribuito all'*European Financial Reporting Advisory Group* (di seguito EFRAG) – organismo di *advisory* della Commissione Europea nel campo del *reporting* aziendale – il compito di sviluppare tali *standard* di rendicontazione comuni in tutta l'Unione (c.dd. ESRS), così da rendere comparabili le informazioni delle rendi-

degli Orientamenti della Commissione europea sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario».

32. Sul punto A. Davola, *Informativa in materia di prodotti finanziari sostenibili, tutela dell'investitore e contrasto al greenwashing: le criticità dell'assetto europeo tra norme primarie e disciplina di dettaglio*, in *Rivista di diritto bancario*, 2022, III, p. 515 ss. osserva che «Ci si potrebbe trovare, dunque, di fronte ad un quadro nel quale l'investitore – specialmente quello *retail* –, pur astrattamente legittimato ad ottenere un'informativa esaustiva in merito alle caratteristiche dei prodotti di interesse in termini di sostenibilità, rischi di essere in concreto incapace di discernere le metodologie accolte dalla controparte per operare tale valutazione e, di conseguenza, di scegliere consapevolmente quali prodotti privilegiare».

contazioni di sostenibilità, ovvero di creare una formulazione univoca di un indice che possa esprimere sinteticamente il valore ESG di un qualsiasi attore dell'economia³³.

Gli *standard* – che implementano la direttiva CSRD – stabiliscono regole e requisiti di ordine generale, ovvero non relativi a specifici settori, per la rendicontazione da parte delle aziende degli impatti dell'impresa sulle persone e sull'ambiente, nonché degli effetti rilevanti delle questioni di sostenibilità, sullo sviluppo, sui risultati e sulla situazione dell'impresa. Si tratta di principi trasversali in grado di adattarsi alle specificità proprie di ciascun settore che, tuttavia, possono essere integrati da ulteriori informazioni peculiari fornite volontariamente dalle imprese ritenute essenziali in conseguenza di circostanze e fatti specifici.

La versione finale degli ESRS, approvata dall'EFRAG nel novembre 2022, è stata adottata dalla Commissione con il regolamento delegato (UE) 2023/2772³⁴, che ha introdotto una serie di modifiche rispetto al parere originario dell'EFRAG³⁵, le quali di fatto “alleggeriscono” gli oneri a carico delle imprese in quanto, da un lato, si prevede una valutazione interna, a livello aziendale, della rilevanza dei requisiti di rendicontazione ESG proposti dagli *standard* dell'EFRAG (c.d. valutazione di materialità) che permette all'impresa di omettere le informazioni che non sono rilevanti per il proprio modello di *business* e/o attività sulla base di una spiegazione dettagliata delle conclusioni della sua valutazione di materialità; dall'altro, sono state trasformate alcune informazioni che l'EFRAG aveva individuato come obbligatorie in volontarie³⁶, con

33. Gli *standard* sono sviluppati secondo tre livelli di *reporting* (*Sector Agnostic*, *Sector Specific* ed *Entity Specific*), tre tematiche che coincidono con gli aspetti ESG e tre aree di *reporting*: Strategia, Implementazione e Misurazione della *performance*. Per un'analisi dettagliata degli ESRS, v. L. Solimene, *La direttiva CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive) e i nuovi standard EFRAG*, cit., p. 595 ss.

34. Regolamento delegato (UE) 2023/2772 della Commissione del 31 luglio 2023, che integra la direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i principi di rendicontazione di sostenibilità, consultabile in *eur-lex.europa.eu*.

35. Cfr. il Considerando n. 3 del regolamento (UE) 2023/2772 ai sensi del quale «(...) Per garantire la proporzionalità e agevolare la corretta applicazione dei principi da parte delle imprese, la Commissione ha introdotto modifiche rispetto al parere tecnico dell'EFRAG per quanto riguarda l'approccio basato sulla rilevanza, l'introduzione graduale di taluni obblighi, la conversione di taluni obblighi in elementi d'informazione facoltativi, l'introduzione di flessibilità per una serie di obblighi di informativa, l'introduzione di modifiche tecniche per assicurare la coerenza con il quadro giuridico dell'Unione e un elevato grado di interoperabilità con le iniziative di normazione a livello internazionale, nonché modifiche redazionali».

36. Tra queste figurano i piani di transizione per la biodiversità, alcuni in-

conseguente possibilità per le imprese di tralasciare intere parti della loro informativa di sostenibilità.

Tali modifiche rispondono alla volontà di garantire un equilibrio tra l'esigenza di disporre di *standard* condivisi a livello europeo e la necessità di ridurre e/o eliminare i costi associati alla rendicontazione di informazioni che potrebbero non essere rilevanti.

Seppure è indubbio che l'applicazione degli *standard* ESRS rappresenti una vera e propria sfida per le imprese, specie per quelle non soggette alla direttiva NFRD che dovranno dotarsi di strumenti idonei alla raccolta dei dati alla luce delle nuove richieste, è altrettanto indiscutibile che le stesse potranno trarne beneficio in sede di valutazione del merito creditizio da parte delle banche che, nell'elaborazione del *rating* ESG, saranno agevolate nell'attività di raccolta, verifica ed analisi delle informazioni fornite dall'esistenza di criteri redazionali univoci per la rendicontazione di sostenibilità.

4. Conclusioni

Volendo formulare alcune riflessioni conclusive, ciò che emerge è che la condivisione di informazioni di sostenibilità complete e trasparenti risulti essere di fondamentale importanza ai fini di un rafforzamento della relazione banca-impresa e di una corretta valutazione del merito creditizio in sede di accesso al credito³⁷.

In tale ottica, non può che guardarsi con favore alla direttiva CSRD che, imponendo alle imprese di modificare il proprio comportamento nei confronti del rispetto dei fattori ESG, le spinge a competere su nuovi terreni di gioco, in cui non si è valutati esclusivamente sulla base di indicatori di efficienza della produzione e della qualità dei prodotti e/o servizi erogati, ma soprattutto sulla scorta dell'impatto diretto o indiretto dell'attività aziendale sull'ambiente e sulla comunità in cui l'impresa opera.

indicatori relativi ai “lavoratori non dipendenti” dell'impresa e la spiegazione del motivo per cui l'impresa può ritenere non rilevante un determinato argomento di sostenibilità.

37. Cfr. il Considerando n. 12 della direttiva 2022/2464/UE: «Le imprese stesse possono trarre beneficio da una rendicontazione di qualità elevata in merito alle questioni di sostenibilità. Il maggior numero di prodotti di investimento che mirano a conseguire obiettivi di sostenibilità indica che una buona rendicontazione di sostenibilità può migliorare l'accesso di un'impresa al capitale finanziario (...)».

La normativa comunitaria, difatti, nel promuovere la trasparenza sui fattori di sostenibilità, impone alle imprese di redigere dichiarazioni relative agli impatti ambientali e sociali inducendole direttamente a qualificare l'impatto della propria attività imprenditoriale e, indirettamente, ad agire per migliorare questi indicatori.

Le informazioni in materia di sostenibilità diventano sempre più pertinenti sul piano finanziario e giocano un ruolo sempre più rilevante nelle scelte degli investitori, potendo considerarsi un *passpartout* del credito, perché è attraverso tale informativa che l'azienda riuscirà a fornire previsioni sufficientemente precise sul suo futuro per ottenere dalla banca una valutazione più accurata: una rendicontazione di sostenibilità ben redatta, in altri termini, permetterà ad un'impresa di migliorare la propria valutazione del merito creditizio nei confronti del sistema bancario e, di conseguenza, di accedere a prodotti creditizi più vantaggiosi.

In questo contesto, la definizione di uno *standard* unico a livello europeo sicuramente facilita la pubblicazione di informazioni in materia di sostenibilità che siano uniformi, comparabili e verificabili. E questa maggiore uniformità servirà anche a limitare fenomeni di *greenwashing*³⁸ e a favorire la transizione verso un'economia sostenibile.

Ai fini di una comunicazione efficace e veritiera, pertanto, le imprese devono impegnarsi a definire strategie di sostenibilità convincenti e adottare presidi idonei per perseguirle: e ciò è ormai indispensabile tanto per competere sul mercato, quanto per attrarre investimenti e risorse. Integrare gli aspetti economici e di *governance*, sociali e ambien-

38. V. Furlanetto, *L'industria della carità*, Chiarelettere 2018, p. 156, definisce la pratica di *greenwashing* «una forma di appropriazione indebita di virtù e di qualità ecosensibili per conquistare il favore dei consumatori o, peggio, per far dimenticare la propria cattiva reputazione di azienda le cui attività compromettono l'ambiente». Si tratta di una strategia aziendale che si avvale della sostenibilità ambientale come strumento di *marketing* fuorviante, in quanto idonea ad ingenerare nel consumatore una falsa percezione delle politiche aziendali mediante un'appropriazione illegittima di pregi ambientali inesistenti o non attendibili, né verificabili, poiché non supportati da riscontri scientifici o da un'adeguata metodologia di verifica. L'obiettivo è la valorizzazione della reputazione ambientale dell'impresa al fine di catturare l'attenzione dei consumatori sempre più attenti alla sostenibilità e, di conseguenza, ottenere benefici in termini di fatturato mediante un aumento del bacino di clientela. Sul tema v. M. Pasquetti, *Ambiente e politiche di marketing: innovazione sostenibile e rischio "greenwashing"*, in M. Ciani Scarnicci, A. Marcelli, P. Pinelli, A. Romani, R. Russo (a cura di), *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile*, FrancoAngeli 2014, p. 167 ss. e F. Iraldo, M. Melis, *Green marketing. Come evitare il greenwashing comunicando al mercato il valore della sostenibilità*, il Sole 24 ore 2012.

tali all'interno dell'impresa, in altri termini, è oggi importante e lo sarà sempre di più per migliorare il merito creditizio di un'impresa.

Senza tralasciare, poi, le ricadute in termini positivi che il perseguimento di modelli sostenibili di produzione e di consumo comporti per il benessere e la qualità di vita di ogni individuo e delle generazioni future, contribuendo a garantire il pieno e libero sviluppo della persona umana³⁹.

39. Sul legame inscindibile tra tutela dell'ambiente e della persona v., per tutti, P. Perlingieri, *Produzione, beni e benessere*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Esi 2015, p. 516, secondo il quale: «benessere e sviluppo, (...), concernono la produzione, ma primariamente la persona e richiedono, per essere davvero tali, che si attuino nel rispetto della vita e dell'ambiente anche naturale»; Id., *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli 2016, p. 322 ss.: «se lo sviluppo di un paese non è dato dal PIL (secondo una concezione ragionieristica, economicistica dei rapporti sociali e umani), ma dipende dal grado di realizzazione del benessere e della qualità della vita degli uomini, lo sviluppo è "sostenibile" quando garantisce il pieno e libero sviluppo della persona umana»; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Napoli 2020, p. 334 ss. E, già, Id., *Spunti in tema di tutela dell'ambiente*, in *Legalità e giustizia*, 1989, p. 136 s., ove precisa che «la scelta personalistica [...] configura l'ambiente come strumento privilegiato della persona umana. La tutela dell'ambiente non può non essere in funzione del pieno sviluppo dell'uomo».

AUTRICI E AUTORI

Anello Giancarlo, Ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico, Università di Parma.

Berti De Marinis Giovanni, Associato di Diritto dell'Economia, Università di Perugia.

Boiti Cristiana, Associata di Diritto privato, Università di Perugia.

Di Nella Luca, Ordinario di Diritto privato, Università di Parma.

García Escobar Gabriel, Profesor Contratado Doctor de Derecho mercantil, Universidad de Granada.

Llamas Pombo Eugenio, Catedrático de Derecho civil, Universidad de Salamanca.

Mezzasoma Lorenzo, Ordinario di Diritto privato, Università di Perugia.

Pérez-Serrabona González José Luis, Catedrático de Derecho mercantil, Universidad de Granada.

Pérez-Serrabona González Francisco Javier, Catedrático de Derecho mercantil, Universidad de Granada.

Pucci Monica, Ricercatrice a tempo determinato di Diritto privato, Università di Perugia.

Rizzo Vito, già Ordinario di Diritto privato dell'Università di Perugia.

Bioetica Scienza Società
Collana fondata e diretta da A. D'Aloia

Ultimi volumi pubblicati:

ANTONIO D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*. Come regolare un mondo nuovo (disponibile anche in e-book).

MARIA ZANICHELLI (a cura di), *Il diritto visto da fuori*. Scienziati, intellettuali, artisti si interrogano sul senso della giuridicità oggi.

ANTONIO D'ALOIA (a cura di), *La tempesta del Covid*. Dimensioni bioetiche (disponibile anche in e-book).

MARIA ZANICHELLI (a cura di), *La persona come categoria bioetica*. Prospettive umanistiche (disponibile anche in e-book).

Vi aspettiamo su:

www.francoangeli.it

per scaricare (gratuitamente) i cataloghi delle nostre pubblicazioni

DIVISI PER ARGOMENTI E CENTINAIA DI VOCI: PER FACILITARE
LE VOSTRE RICERCHE.



**Management, finanza,
marketing, operations, HR**

**Psicologia e psicoterapia:
teorie e tecniche**

**Didattica, scienze
della formazione**

**Economia,
economia aziendale**

Sociologia

Antropologia

Comunicazione e media

Medicina, sanità



**Architettura, design,
territorio**

**Informatica, ingegneria
Scienze**

**Filosofia, letteratura,
linguistica, storia**

Politica, diritto

**Psicologia, benessere,
autoaiuto**

Efficacia personale

**Politiche
e servizi sociali**



FrancoAngeli

La passione per le conoscenze

Copyright © 2025 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy. ISBN 9788835189244

a strong international commitment

The **FrancoAngeli**, **FrancoAngeli Journals** and **FrancoAngeli Series** websites now offer a completely dual language interface, in Italian and English.

Ensuring international visibility and discoverability for our authors is of crucial importance to us.





Il ruolo economico e sociale delle *corporations*, considerate gli strumenti più efficaci per realizzare i progetti di gruppi di persone e superare i limiti temporali, funzionali ed economici degli individui, è sotto scrutinio: la sostenibilità rivoluziona il modo concepirlo in ragione dell'impatto ambientale, economico e sociale delle attività di tali soggetti. In virtù di vari elementi comuni, anche gli enti *non profit* devono essere chiamati a contribuire alla realizzazione degli obiettivi della sostenibilità. L'estensione della tutela del consumatore a figure finite si pone in questa evoluzione sociale del sistema. Neppure il diritto dei contratti si sottrae a tale tendenza. Nei mercati bancario, finanziario e assicurativo vigono norme che hanno l'obiettivo di far penetrare gli interessi ambientali e sociali nella mera logica del profitto. Lo sviluppo sostenibile ha imposto alle aziende di gestire e dimostrare la *due diligence* sui rischi ambientali, sociali ed etici nelle relazioni commerciali anche con l'inserimento sempre più diffuso nei contratti di requisiti di sostenibilità/responsabilità sociale con la clausola di sostenibilità. D'altra parte, i fattori ESG incidono anche sull'accesso al credito. La sostenibilità dell'attività rappresenta una sfida per molte imprese che necessitano, tuttavia, del supporto degli intermediari per adeguare i propri modelli di *business* alla transizione *green*.

Scritti di: G. Anello, G. Berti De Marinis, C. Boiti, L. Di Nella, G.A. García Escobar, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo, F.J. Pérez-Serrabona González, J.L. Pérez-Serrabona González, M. Pucci, V. Rizzo.

Luca Di Nella è professore ordinario di Diritto privato presso il Dipartimento di Scienze Economiche e Aziendali dell'Università di Parma. È autore di monografie, commenti, traduzioni di opere giuridiche e saggi, anche in lingua tedesca, spagnola e inglese in materia, tra l'altro, di diritto dei contratti, di diritto dei consumatori, di diritto dello sport, di diritto euro-unionale, di diritto delle nuove tecnologie e di diritto bancario e dei mercati finanziari.