

Cuadernos
de la
Cátedra Garrigues

Directores:

Javier Ibáñez Jiménez

Mónica Martín de Vidales Godino

Derecho de sociedades y

Responsabilidad Social Corporativa

Vol. 6 Marzo 2016

ÍNDICE

ÍNDICE	3
--------	---

*INTERROGANTES ACTUALES SOBRE LA RSE, EN MATERIA
DE DERECHO DE SOCIEDADES, Y VÍAS DE RESPUESTA*

D. JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE	5
---------------------------------	---

INTERÉS SOCIAL, “TERCERA VÍA” Y RSC: ÚLTIMOS AVANCES

JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE	11
------------------------------	----

LA RSC DESDE LA PERSPECTIVA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL	30
--------------------------	----

*RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL:
POSICIONES JURÍDICAS Y PRECISIONES DOGMÁTICAS*

JAVIER IBÁÑEZ JIMÉNEZ

38

COLOQUIO: RSC BUENA Y MALA: EXTERNALIDADES Y COSTES

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA

FERNANDO SÁNCHEZ-CALERO

JESÚS ALFARO

JAVIER IBÁÑEZ

50

ANEXO: RESEÑA DEL SEMINARIO DE LA CÁTEDRA..... 58

INTERROGANTES ACTUALES SOBRE LA RSE, EN MATERIA DE DERECHO DE SOCIEDADES, Y VÍAS DE RESPUESTA

José María DE LA CUESTA RUTE

Catedrático –emérito- de Derecho Mercantil (UCM)

SUMARIO

1. La Responsabilidad Social Corporativa es un tema de gran actualidad. 2. En todo caso, ¿se puede decir que a la sociedad le corresponde una conducta o un comportamiento? 3. La Responsabilidad Social Corporativa se acaba por plantear del siguiente modo: dar una entidad real a la persona jurídica y cambiar el concepto de interés social. 4. La aceptación de las ideas que subyacen a la Responsabilidad Social Corporativa

Doy en primer lugar las gracias al profesor Ibáñez por encontrarme en la Universidad Pontificia Comillas, querida por mí como profesor y por ser una universidad católica. También manifiesto mi satisfacción por estar en la cátedra Garrigues, evocadora de alguien al que tanto he admirado.

1. La Responsabilidad Social Corporativa es un tema de gran actualidad

Sé sobradamente lo que quiere decir “responsabilidad social corporativa”; lo que me espeluzna es cómo se está tratando. Como juristas tenemos que preguntarnos: ¿acaso cabe una responsabilidad que no sea social?, ¿acaso no se ejerce siempre –la responsabilidad– respecto de los demás? Cuando se enuncia este nuevo término, no hay duda de que se quiere mentar alguna realidad distinta.

En Derecho, la primera responsabilidad hace referencia a un liquidar las consecuencias perjudiciales del daño, habiendo o no mediado una relación contractual. Aquí sin embargo, lo enunciarnos con otro sentido, como un adjetivo que se refiere a un comportamiento: a un actuar responsable. Eso es algo que está fuera del Derecho, no pertenece al orden jurídico, lo que no quiere decir que sea mejor o peor, simplemente es otra cosa. Debemos preguntarnos si también esta idea pertenece al lenguaje ético, de lo que no estoy del todo seguro.

Por lo tanto, para resumir este primer nivel de interrogaciones, es pertinente decir que la llamada Responsabilidad Social Corporativa alude a la responsabilidad de una corporación que tiene que comportarse en el tráfico o frente a terceros responsablemente. ¿Qué quiere decir esto en concreto? ¿A qué paradigma de conducta se alude? Se alude por lo general a la defensa del medioambiente, o al cambio climático o incluso a realidades más difusas o alejadas de la empresas: a los pingüinos de Groenlandia, a la defensa del enjambre de mariposas emperador... Esta es la verdad. Naturalmente, el interés que yo como accionista de una sociedad tengo sobre este tipo de hechos o sujetos (las mariposas y los pingüinos) es más bien relativo. No me quita el sueño. Pero ¿quién determina que interesarse por eso sea actuar responsablemente?

Es, así, necesario, un árbitro o regulador que evite las actuaciones arbitrarias de los individuos. Dejemos al margen el problema del cambio climático, el crecimiento sostenible y las demás cuestiones que ni siquiera están definidas científicamente, y si lo estuvieran lo estarían temporalmente, porque toda definición científica es temporal.

2. En todo caso, ¿se puede decir que a la sociedad le corresponde una conducta o un comportamiento?

Esta cuestión sí que nos plantea un problema jurídico importante. Damos en derecho de sociedades y en otras áreas del derecho una entidad real a la persona jurídica, que es una mención para hacer imputable una acción que pertenece a un conjunto de personas físicas -porque no hay otras en el mundo

real. Es decir, introducimos en la defensa de “lo social” a dispares realidades, medioambientales o humanas. Pero tenemos que pensar que jurídicamente todo eso está ya incluido en el “interés social” que persiguen satisfacer los socios mediante la sociedad.

Vamos a suponer que admitiéramos en una empresa los contenidos de la Responsabilidad Social Corporativa; entonces quiere decirse al socio, dispuesto a unirse a otros socios para constituir una sociedad que lleve a efecto una actividad empresarial, que ésta tiene que realizarse, jurídicamente, de una determinada manera, según unos determinados estándares de conducta social.

Estos estándares se han de entender asumidos por todos los socios, que tratan de crear un ente que financie una actividad económica empresarial. Involucrando a la realidad social en este ámbito, ¿no se están confundiendo dos esferas distintas? Se plantea así el problema de que atribuimos a los socios, integrantes de un mundo subjetivo, finalidades que se conectan a la otra organización que es la empresa. Entonces lo que sucede, en último término, es que la invocación a la llamada RSC se convierte en un título de habilitación para la intervención administrativa en la economía. Pero, además, si la empresa no puede ejercerse sin tener como modelo esa responsabilidad social, tiene que ser lo mismo en la empresa individual que en la corporativa.

3. La Responsabilidad Social Corporativa se acaba por plantear del siguiente modo: dar una entidad real a la persona jurídica y cambiar el concepto de interés social

La persona jurídica, que es una mera invención técnica del legislador para poder dar tratamiento unitario a un conjunto de personas físicas, no es real. Si se le da entidad real, paralelamente, introducimos en el mundo del ‘interés social’ (ese interés por el cual los hombres se unen en busca de la consecución de una empresa para su beneficio) otros objetivos (por ejemplo, la defensa del hábitat polar de los pingüinos...).

Y, como paso final, con el concepto de Responsabilidad Social Corporativa se pretende hacernos pensar que estos fines sociales o de interés general (protección de esas especies), vienen jurídicamente introducidos en el concepto de interés social que ha llevado a los hombres a unirse para trabajar juntos.

Ahora bien, ¿queremos que eso ocurra? ¿Hasta dónde estamos dispuestos a admitir que se defina el interés general discrecionalmente por quién manda? Porque a partir de aquí, y siempre que digamos que sí, tiene sentido hablar de otros interesados o *stakeholders*.

Nos deberíamos los juristas preguntar, entonces, si, pensando en los clientes de las sociedades (que a la vez son consumidores) como tenedores de intereses (*stakeholders*) ¿cómo se puede concebir en actuar empresarialmente en contra de los propios clientes? –claro está, en ausencia de fraude-, y además podríamos preguntarnos ¿cómo es posible que en el orden regular de las cosas, que es esencialmente el campo en que se mueve el derecho, partamos de una actividad empresarial como algo que, si es factible, vaya, desde luego, en contra del interés de los consumidores?

Parece que la teoría de la responsabilidad presupone que estamos dando pie a multiplicar los títulos habilitantes para que se articule un mecanismo de discrecionalidad de actuación arbitraria por parte de las Administraciones Públicas. Con la introducción de la Responsabilidad Social Corporativa en la esfera jurídica se corre el riesgo de que estemos otorgando un título habilitante, un poder en blanco, para legitimar una cierta dosis nueva de intervención pública de la economía. Por eso, me pregunto qué tiene que ver la RSC o responsabilidad de la empresa con el interés una corporación de interés privado.

En el fondo es que ha venido a suceder algo que seguramente no hemos acabado de ver con claridad: la necesidad de no recaer en algo que, muy particularmente a nosotros, los que estamos sentados aquí, estoy seguro de que nos repugna, el tomar por real a la persona jurídica que no es sino una ficción.

A la hora de la verdad, actuamos como si fuera real y consideramos que la sociedad es un sujeto capaz de tener una conducta propia. Discurriendo por este

camino, nos encontramos además con que, si efectivamente la sociedad se propone ejercer una empresa, la figura del empresario es absolutamente capital para su desarrollo; y los juristas no hemos acertado a encontrar, desde este punto de vista, el modo de aglutinar o conjugar el mundo societario con el mundo empresarial.

Esta situación da lugar al problema de la gestión autónoma de los managers o del *management*. Resulta que los gerentes o managers tampoco son empresarios. Los CEOs de las empresas son ejecutivos. ¿Qué eslabón no hemos encontrado todavía que haya de servir para hacer razonable la distinción de los dos ámbitos organizativos, gerencial y de la propiedad? La distinción de ambas esferas organizacionales es decisiva. Nos falta, antes que nada, ver quién merece la calificación de empresario.

4. La aceptación de las ideas que subyacen a la Responsabilidad Social Corporativa

Esa aceptación está hoy mezclando todos los conceptos y confundiendo la realidad que acredita, aún en los estrechos márgenes en que se permite el juego sin trabas del mercado y de la libre empresa. Es cierto que no está hecho todo, que no todo el pescado está vendido, como dice la gente, con un constructo contrario a la realidad. La realidad, como siempre, sale victoriosa, como pone de manifiesto el hecho de que de repente se descubra o invente algo que cumple con creces unas necesidades insatisfechas. Vistas así las cosas, la necesidad de sujetar la conducta empresarial a ciertos cánones sólo puede justificarse sobre unas bases económicas que no me convencen: las de la Escuela Neoclásica de economía, singularmente por lo que se refiere a la figura del empresario robbinsiano; un empresario maximizador que, salvo en pocas multinacionales en las que funcionan estos conceptos, en la vida real no tiene cabida.

Un problema nuevo en la experiencia jurídica actual es que por un lado estamos legitimando, como he dicho ya, los nuevos y crecientes títulos de intervención en la esfera empresarial, y que por otro lado no atendemos a

progresar en lo que debemos progresar en el campo del Derecho. Empezamos a no tomarnos en serio lo que es el Derecho al margen de la ética; lo que no significa que, por mi parte, no esté convencido de su continuidad esencial pero también de su diferente ámbito de juego. Simplemente, debe recordarse que el Derecho tiene sus fines nada menos que en el orden de constituirnos como criaturas libres en cuanto con-vivientes en sociedad con los demás.

No admitamos la degradación y el eclipse del Derecho que estamos viviendo hoy, no solo en España, pero particularmente en ella, en muchos órdenes. Si nosotros, los universitarios dedicados al análisis del Derecho nos quedamos callados, ¿quién hablará? Muchas gracias.

DE NUEVO SOBRE EL INTERÉS SOCIAL*

Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE

Catedrático de Derecho Mercantil (UCM)

SUMARIO

1. La permanente revisión (discusión) del (sobre el) interés social. 2. La confusión en el nombre y en el adjetivo. 3. La confusión escénica. 4. El interés social, la ley y el Juez. 5. Las funciones normativas del interés social. 6. De lo jurídico a lo empresarial: interés social y RSE. 7. Interés social e interés de grupo.

Mi agradecimiento por esta nueva invitación del Director a participar en la *Cátedra Garrigues de Modernización del Derecho de Sociedades* de esta Universidad Pontificia Comillas. Es una oportunidad para compartir esta sesión con apreciados colegas, para comparecer ante un cualificado auditorio y para debatir temas de actualidad sobre nuestra legislación y práctica societarias.

1. La permanente revisión (discusión) del (sobre el) interés social

Determinados problemas jurídicos presentan una relación entre su complejidad y su actualidad. Son problemas actuales en la medida en que son complejos y las propuestas para su resolución no cierran el debate en torno a los mismos. La relación entre actualidad y complejidad resulta especialmente llamativa cuando nos encontramos ante problemas presentes en el ordenamiento jurídico (y en su aplicación) durante un largo periodo de tiempo. Son problemas que mantienen su vigencia a pesar de que han transcurrido decenios (siglos, incluso), y que las leyes en que dichos problemas afloran han

* Texto que desarrolla la intervención del autor en el Seminario celebrado el 15 de febrero de 2016, dentro de los seminarios de derecho de sociedades de la Cátedra Garrigues – Comillas (ICADE,) bajo el título “Derecho de sociedades y responsabilidad social corporativa”.

sido modificadas o sustituidas, quizás como consecuencia de esa especial complejidad. Uno de esos problemas permanentes es la definición de lo que constituye el interés social, probablemente porque es un concepto con una singular carga política (económica, legislativa, sociológica,...), que al igual que fomenta la prudencia del legislador, permite que éste resulte influido por ideas y opiniones diversas y, en ocasiones, enfrentadas. El interés social no es un problema de planteamiento complejo. Admite formulaciones elementales, como la de preguntar cuál es el propósito de una sociedad de capital o qué objetivos o intereses merecen una atención prioritaria en su actividad y funcionamiento. Es una materia que reclama una permanente reflexión (Arroyo, 2001, p. 421). El acicate para estas páginas está en una serie de hechos que mencionaré y que me sirven para ilustrar la actualidad del concepto.

Digo volver porque en varios trabajos publicados a partir de 2002 me ocupé del concepto del interés social en el Derecho de sociedades de capital (en especial, Sánchez-Calero, 2006, p. 851). Lo hice a partir de sus varias menciones por nuestras leyes societarias principales y ante la tendencia entonces inicial y hoy imparable, a favor de vincular ese concepto con el de la responsabilidad social corporativa o empresarial (“RSE”). A esa vinculación siguieron contribuciones doctrinales recomendables (v. la más reciente de Esteban Velasco, 2014, p. 271). El interés social aparecía como un concepto sometido a una clásica y evidente indeterminación, que se intentó superar con ocasión de la promulgación de la “Ley de Transparencia” de 2003. Un intento frustrado que continuó incentivando un intenso debate doctrinal y que encomienda la determinación de lo que constituye el interés social en cada caso a nuestros Tribunales, normalmente en el marco de procedimientos societarios dedicados a la impugnación de acuerdos y, en menor medida, en otros promovidos para la exigencia de responsabilidad a los administradores.

A esa falta de determinación legislativa se unió en la fase expansiva del gobierno corporativo la tendencia a delimitar el interés social en las grandes empresas por medio de los sucesivos códigos de buen gobierno (v. Cortés, 2014, p. 157). Esos trabajos apuntaban preferentemente a la organización y desempeño del órgano de administración de las grandes sociedades. Señalar hacía dónde debía orientar su actividad, apareció una vez más, como un

presupuesto ineludible. En esta tarea empezó a vislumbrarse con claridad lo que cabe calificar como la ampliación del concepto del interés social, al conectarlo tanto con la pluralidad de intereses que aparecían afectados por la actividad de esas grandes corporaciones y por la eclosión de un concepto igualmente amplio e indeterminado, como es el de la RSE. Esta “responsabilidad social” de la propia sociedad no ha hecho sino englobar un número creciente de propósitos de tutela por parte de la sociedad, lo que de manera directa la vincula con el significado del interés social y la definición de éste.

La amplia reforma de nuestra Ley de Sociedades de Capital (LSC) por medio de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (Ley 31/2014) no ha afectado al concepto del interés social, pero sí a los escenarios principales de su aplicación en el marco del Derecho societario. Tanto la modificación del régimen de impugnación de acuerdos sociales (artículos 204 y ss. LSC) como la revisión de los deberes de los administradores (artículos 225 y ss. LSC) aportan nuevos elementos a la hora de analizar ese concepto desde una visión actual. Una visión que se ve además influida por nuevos escenarios y conflictos que ilustran lo obvio: que siendo el del interés social un concepto esencial en el régimen de las sociedades mercantiles, resulta inevitable que nuevos hechos nos propongan volver sobre el mismo. Hechos de naturaleza heterogénea que iré mencionando en las páginas que siguen y que parten del tratamiento que el interés social ha encontrado en decisiones jurisprudenciales y en algunas investigaciones universitarias que tienen como característica común la de afrontar los problemas que la determinación del interés social plantea en la realidad del tráfico societario.

2. La confusión en el nombre y en el adjetivo

Quien se aproxime al concepto del interés social descubrirá desde un primer momento que está ante uno de los conceptos fundamentales del régimen aplicable a las sociedades mercantiles y, dentro de éstas, a las sociedades de capital. Vale la experiencia española o la que se registra en otros ordenamientos (como ejemplo, v. la experiencia colombiana en Sabogal, 2015, pp. 2 a 74). El interés social presenta una esencial relevancia cuya vis atractiva se incrementa por tratarse de un concepto indeterminado. El interés social aparece mencionado en determinadas disposiciones dentro de la vigente Ley de sociedades de capital (LSC), al igual que sucedía con las precedentes Leyes societarias (Incluye una enunciación de tales menciones Cortés, 2014, pp. 161–162). Es un concepto que tiene una función decisiva y destacada. Su aplicación es imprescindible a la hora de evaluar la validez de los acuerdos sociales y el correcto desempeño de su función por parte de los administradores.

Mas, con respecto al primero de los campos de aplicación, no se trata tan sólo de la definición general que reclama el enjuiciamiento de una impugnación de acuerdos de la junta general, sino la propia licitud de un amplio catálogo de asuntos en los que la compatibilidad del acuerdo con el interés social es presupuesto para el lícito ejercicio de un derecho o para su limitación o suspensión (v. gr. los derechos de información o de preferencia). Idéntica función delimitadora tiene ese concepto en el análisis del incumplimiento de deberes legales (de los administradores). Esa presencia repetida y diversa abona el debate revisor del interés social, ya sea en una visión general del Derecho de sociedades, ya en el estudio particular de los distintos lugares en los que su determinación es una condición previa.

Junto a esas funciones societarias, el interés social apunta a un debate que es confuso por su amplitud, porque en definitiva plantea cuál es la propia función o el propósito de una sociedad que sirve de vestidura jurídica a una empresa y cuál es también la propia función del Derecho de sociedades. Se puede decir que es un concepto indeterminado y también equívoco. Un concepto que genera un debate confuso porque se sobreponen distintos razonamientos no siempre ordenados. Junto a los que motiva el Derecho de sociedades, el interés social enseguida atrae ideas y posiciones ubicadas claramente más allá de los límites de ese ordenamiento. El interés social se convierte así en un

término que tiene significación económica o incluso constitucional, puesto que se ve proyectado sobre el desempeño de empresas y sobre el impacto que su actividad puede tener.

La confusión apuntada probablemente comience por el lenguaje, en concreto, por la pluralidad de significados que pueden tener las dos voces que integran el concepto analizado. El interés cuenta con una mayor precisión que el adjetivo de social. El interés es el provecho o el reconocimiento de una facultad o legitimación prioritaria de un sujeto. A éste apunta el adjetivo. En nuestro lenguaje jurídico y en nuestro lenguaje coloquial, lo social ha pasado a tener una pluralidad de significados o si se quiere un significado elástico. Lo que anticipo que no es una conclusión satisfactoria para quienes pensamos que en cuestiones jurídicas la precisión siempre es de agradecer, sobre todo cuando se analizan elementos o conceptos fundamentales de una disciplina.

En el Derecho de sociedades y en el lenguaje corporativo decimos que lo social es lo que afecta a la propia persona jurídica. En el ámbito más amplio del ordenamiento constitucional, la Economía o la Sociología, podremos decir que lo social es todo lo que afecta a la sociedad en su conjunto. Esa dualidad la ilustra de forma tan sencilla como clara el Diccionario. En ésta, el adjetivo social da lugar a dos acepciones: “perteneiente o relativo a la sociedad” y “perteneiente o relativo a una compañía o sociedad, o a los socios o compañeros, aliados o confederados”. En el lenguaje político actual, la referencia a lo social se ha vinculado cada vez más con la orientación preferente hacia los intereses generales, a los de los más desfavorecidos o hacia la primacía del sector público en el desarrollo de la actividad económica. En suma, son el adjetivo social y su plural significado los que probablemente tengan una mayor fuerza a la hora de promover esa discusión sobre cuál es el interés social. Una discusión clásica dentro del propio ordenamiento mercantil, en el que el debate sobre el interés social ha oscilado entre el propio de una sociedad de capital en el marco de las relaciones contractuales entre accionistas y administradores, y el que se atribuye a una empresa, como referencia legitimadora de su actividad y de su incidencia sobre la sociedad (o sociedades) en las que opera. Ilustran ese plural significado la distinta interpretación que del adjetivo social tiene en los dos conceptos repetidamente citados en estas páginas: es la sociedad de capital

la titular del interés social, así como es la sociedad en general la destinataria de la RSC.

La imprecisión del adjetivo puede explicar que en nuestra LSC haya proliferado la progresiva sustitución del término interés social por el de “interés de la sociedad”. Ambos se refieren a lo mismo pero no es dudoso que el segundo término presente una mayor precisión a la hora de identificar la titularidad del interés que debe ser objeto de consideración preferente o excluyente en la aplicación de las disposiciones correspondientes. En realidad, la sustitución se inició principalmente en las reformas iniciadas con la Ley de Transparencia de 2003, que desembocó en el hoy derogado artículo 127 bis LSA que proclamó el deber (de los administradores) de *“fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad”*. El uso del término interés de la sociedad se observa en la vigente LSC, entre otro, en los siguientes artículos 227.1 “Deber de lealtad”; 229.3 “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”; 308.1 “Exclusión del derecho de preferencia”; 417.1 “Supresión del derecho de suscripción preferente”; 506.1 “Delegación de la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente en caso de emisión de nuevas acciones”; 511.1 “Delegación de la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente en caso de emisión de obligaciones convertibles”. Presencia múltiple que revela la importancia del interés social en la configuración de nuestro Derecho de sociedades.

3. La confusión escénica

Un segundo factor de confusión que acompaña al concepto del interés social tiene que ver con los varios intereses en potencial conflicto. La confusión no resulta tanto de que estos sean varios o muchos y contradictorios, sino principalmente de su relación con los distintos tipos de sociedad o, mejor dicho, con los diversos tamaños de sociedades de capital. En toda sociedad de capital se invoca el interés social. La variedad de tipos y clases societarias hace que el interés social deba adaptarse a escenarios diversos.

Sucede que la relación que en cada caso se propone entre el interés de la sociedad y el de otros sujetos vinculados con ella varía de manera notable.

Una variación que permite su explicación fijándonos en aspectos elementales de la configuración de una sociedad. ¿Cuál es el interés social en una sociedad unipersonal recién constituida? Parece indudable que en ese momento el mismo que el de su único accionista. ¿Qué sucede cuando la unipersonalidad se da en una gran empresa, presente en distintos mercados, con miles de empleados y con una actividad que incide en un amplio elenco de intereses privados (proveedores) y públicos (ingresos fiscales)? La unicidad del interés social será discutida. ¿Cuál es el interés en el también frecuente escenario de una “joint-venture” que padece el bloqueo absoluto por el disentimiento permanente e irresoluble entre dos socios? (supuesto que trata ampliamente Sanz Bayón, 2015, p. 106 y ss.) En la liza entre ambos será prácticamente imposible alinear o identificar ese interés común con el de uno y otro. Cada uno de los socios invocará el interés social como alegación destinada a exigir la adhesión del otro a su interpretación del interés prevalente. De hecho, el ordenamiento opta por la desaparición de la sociedad [art. 363.1 LSC)], víctima de la reivindicación recíproca de los intereses particulares de los socios que excluyen la existencia de interés social alguno que sirva como punto de encuentro. Nada hay más expresivo para la desaparición del interés social que la obligatoria extinción de quien aparecía como titular del mismo.

Sigamos. ¿Cuál será el interés de la sociedad multinacional y cotizada? Los accionistas aparecerán como los dueños, pero otros sujetos (*los stakeholders*) invocarán su participación en el interés por la continuidad de la actividad empresarial, como institución cuya defensa es prioritaria a la de cualquier otro interés. Una situación que está en el origen de la “exigencia” o “asunción” de la RSE como una expresión de la gran empresa. Y si nos mantenemos en ésta, ¿existe un interés común de los accionistas que pueda presentarse como núcleo del interés social? Las dudas se ven abocadas por la creciente clasificación (que encubre una valoración) de los accionistas de control frente a los minoritarios, inversores a largo plazo frente los “especulativos”, etc. Son construcciones maniqueas, que simplifican el debate al querer identificar el interés de la sociedad con un determinado grupo o perfil de accionista/inversor. ¿Existe acaso un interés común de los “stakeholders”? Es obvio que no. La continuidad de la empresa puede ser una prioridad para los trabajadores y una

solución inadmisibles para los acreedores a los que se les propone refinanciar o, sencillamente, extinguir parte de su deuda. Al igual que asistimos a la constante solución divergente de los pasivos financieros y los comerciales en situaciones preconcursales o concursales (disposición adicional cuarta de la Ley Concursal)

Se advierte así la dificultad de delimitar un concepto decisivo ante tan variados y amplios escenarios. Una complejidad escénica que parte de la realidad económica, en la que la fuerza de los hechos y de los problemas que provocan abona una tendencia a confundir su análisis. Este análisis, trasladado al plano jurídico, reclama precisión y rigor a la hora de deslindar los problemas económicos y sociales con respecto a los que son la esencia de la relación societaria. Volvamos, pues, al Derecho de sociedades.

4. El interés social, la ley y el Juez

Si nos limitamos al régimen legal de las sociedades de capital, una primera cuestión esencial que cabe plantear es la de si es acertada la opción que desde hace decenios mantiene nuestro ordenamiento a favor de mantener el interés social como un concepto legal indeterminado. Reiteramos que acuerdos sociales, derechos de los socios y deberes de los administradores ordena la ley que se ajusten al interés social. Pero la ley no dice cuál es ese interés, como se identifica. Una omisión relevante si tenemos en cuenta que el desarrollo de la vida societaria supone una constante evaluación y conflicto de intereses: entre accionistas, entre los accionistas y los administradores, entre accionistas y acreedores, por citar sólo los que son conflictos clásicos.

Cuando el legislador opta por no decir en qué consiste ese interés social y al mismo tiempo nos dice que, por ejemplo, un acuerdo podrá ser impugnado y declarado nulo dependiendo de la lesión del interés social (en beneficio de uno o varios socios o terceros: art. 204.1 LSC), está abriendo la puerta a un debate sobre los intereses en liza. Los accionistas que votan a favor de un acuerdo defenderán que existe coincidencia entre sus intereses y el interés social, produciéndose la inmediata discrepancia de quienes voten en contra de dicho acuerdo.

Esta contraposición de criterios se traduce en un litigio societario. Lo mismo que sucede cuando el objeto de discusión es la conducta desplegada por el órgano administración o por alguno de sus integrantes. El ejemplo más nítido de la relación de esa conducta con el interés social la encontramos en la configuración del deber de lealtad. El administrador defenderá que ha sido leal porque en todas sus decisiones ha ponderado de manera preferente, cuando no exclusiva, el interés social. Conforme a la descripción general de ese deber, dirá el administrador que ha desempeñado el cargo “*en el mejor interés de la sociedad*” (art. 227.1 LSC). Frente a su criterio es posible que los accionistas o incluso los acreedores consideren que la actuación del administrador no sólo no tuvo en cuenta el interés social, sino que se ha traducido en un perjuicio para el mismo.

En esos debates, la competencia para determinar en qué consiste el interés social se atribuye a los Tribunales. Es a éstos a los que va a corresponder intervenir en un proceso de impugnación de acuerdos de la junta general o en la acción social contra un administrador y determinar si uno y otro hecho fueron acordes con dicho interés. De hecho, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha conducido a determinar con mayor precisión cuál es el interés social: en procedimientos de impugnación de acuerdos sociales se ha asentado la afirmación que convierte el interés común de los accionistas o socios en el interés social. Ahora bien, conviene situar esa determinación jurisprudencial del interés social en sus exactos términos: los procesales, que suelen ser conflictos entre accionistas, traducidos en procesos de impugnación de acuerdos. En la habitual pugna entre la mayoría del capital que respaldó el acuerdo y la minoría que lo combate es razonable que el Tribunal establezca un concepto del interés social que atienda al elemento contractual propio de toda sociedad y lo vincule con los intereses de los accionistas, sin tomar en cuenta otros grupos de intereses o si se prefiere, los intereses correspondientes a otros titulares afectados de muy distinta manera por la actividad empresarial. Ese mismo criterio también rige cuando lo que se solicita al Tribunal es que resuelva sobre la conciliación entre la conducta de un administrador y el interés social. Pero aquí nos encontraremos con que la consideración hacia otros intereses resulta más probable.

En todos los casos no podemos ignorar que la actuación jurisprudencial convierte la determinación del interés social en una revisión de las circunstancias particulares de cada supuesto. Por esa vía la valoración del interés social no puede eludir las correspondientes pruebas aportadas para ponderar su compatibilidad con los intereses de la sociedad o la lesión que hubiere podido implicar para ese mismo interés.

5. Las funciones normativas del interés social

Llegados a este punto, la precisión también debe ser requerida al definir cuál es la función que corresponde al Derecho de sociedades con respecto a la determinación del interés social. Anticipo que determinadas concepciones expansivas de este concepto y de su contenido proponen un alcance excesivo para la legislación societaria. A ésta le compete ordenar el estatuto de las distintas figuras que a través de la personalidad jurídica permiten acoger una actividad empresarial, regulando los aspectos internos de funcionamiento y los referidos a su representación frente a terceros. En las sociedades de capital, éste se convierte en el elemento definidor de muchos de esos aspectos y, como hemos visto, suele estar en el origen de la titularidad de un interés común o interés social, que se reconoce precisamente a quienes participan como socios o accionistas en aquél.

El interés social cumple dos funciones esenciales en el orden societario en las que conviene profundizar. La primera es la de legitimar o convalidar determinados acuerdos de la sociedad. Estos son válidos porque persiguen la tutela o la retribución del interés social, es decir, de un interés que por ser el de la sociedad, es el común al conjunto de los accionistas o socios. Un interés que por ser común, es incompatible con el beneficio de intereses particulares que puedan perjudicar al interés social (criterio básico y clásico de impugnabilidad de acuerdos lesivos acogido en el art. 204.1 LSC; Vives, 2014, p. 43 y ss.; Alfaro/Massaguer, 2015, p. 194 y ss.). Un interés que es también superior y por lo tanto, prioritario, incluso frente a los intereses legítimos de los socios. De ahí que uno de los ámbitos típicos de afirmación y exigencia del interés social tenga que ver con situaciones en las que lo que se propone es, ni más, ni menos, que

la supresión de derechos comunes a los socios, esto es, de sus intereses particulares y colectivos. El ejemplo habitual es la exclusión del derecho de suscripción preferente, que debe partir de la justificación del reconocimiento de un interés de la sociedad para facilitar la incorporación de un concreto inversor (art. 308 LSC).

La segunda función nos lleva a los administradores (Juste, 2015, pp. 368-370). Son los principales beneficiarios de una precisa definición de lo que constituye el interés de la sociedad. La responsabilidad fundamental de los administradores es frente a la sociedad, que es una manera de decir que es una responsabilidad que reclama la constante salvaguarda del interés social. Una actuación contraria a éste abona la acción de responsabilidad, que no en vano se vuelve a adjetivar como acción “social”. Pues bien, a partir de esa elemental relación entre la responsabilidad y el interés social como referencia de una adecuada gestión, se entiende que resulta decisivo revestir a dicho interés de un contenido cierto. Los administradores deben conocer cuál es el interés cuya tutela debe orientar la gestión ordinaria, lo que afecta, entre otras referencias generales, a la orientación de la actividad y su rentabilidad, la aplicación del patrimonio de la sociedad, la asunción de riesgos, la expansión, etc. Siendo la determinación de las políticas generales de la sociedad una facultad de los administradores (art. 249 bis LSC), esa función no está investida de una discrecionalidad absoluta, puesto que obliga a tener presente el interés social en cada momento a la hora de diseñar y ejecutar cada una de esas políticas.

Pues bien, ambas funciones son abordadas en la legislación societaria. Existe una coherencia legislativa que no se daría si se accede a convertir el interés social en una suerte de cajón de sastre donde confluyen todos los intereses afectados, no por el funcionamiento de la sociedad, sino por su actividad empresarial. Con la brevedad que esta ocasión requiere reitero lo que ya he señalado en ocasiones precedentes: esperar del Derecho de sociedades una atención eficiente de los intereses de los acreedores, de los clientes, de los consumidores, de los trabajadores, del medio ambiente, de las minorías, etc., resulta no sólo incompatible con la finalidad de aquella regulación, sino un enfoque erróneo por presentar esos grupos de intereses como carentes de protección. El error radica en la ignorancia de la tutela normativa (rodeada en la

mayoría de los supuestos de una notable imperatividad y acompañada de una intimidante severidad) hacia los administradores e incluso los socios que a esos otros intereses afectados por la actividad societaria dispensa el ordenamiento. Un administrador es consciente de que el interés social rige en defensa de los derechos de los socios. Al igual que sabe que lo mismo hace el Derecho laboral con respecto a sus trabajadores. Lo que genera incertidumbre es reconocer a titulares de intereses extrasocietarios la legitimación para influir en los acuerdos societarios.

Entonces, ¿por qué los códigos de buen gobierno se adentran en esa amplia consideración de intereses?

6. De lo jurídico a lo empresarial: interés social y responsabilidad social de la empresa (RSE)

Antes de pasar a analizar la influencia que el gobierno corporativo está teniendo sobre la delimitación de lo que constituye el interés social me atrevo a señalar esa relación como uno de los posibles indicadores de cómo el Derecho de sociedades se ve perturbado por este tipo de propuestas realizadas con una finalidad metajurídica. Dicho lo cual comencemos por ilustrar el fenómeno, esto es, detallar cómo en nuestros códigos de buen gobierno se ha abordado el problema del interés social si bien es cierto que con la vista puesta exclusivamente en las sociedades cotizadas. No estamos ante una postura inmutable puesto que se ha producido una llamativa evolución en estos últimos años.

El Código Unificado de Buen Gobierno de 2006 (CUBG), que fue objeto de alguna revisión posterior, formulaba el interés social de una manera más precisa a como lo hace el actual y vigente Código de Buen Gobierno de 2015 (CBG). En el primero la definición del interés social se insertaba en las recomendaciones iniciales destinadas al consejo de administración. Como ya he apuntado, una de las funciones determinantes de lo que constituye el interés social es la destinada a los administradores. Se trata de señalarles hacia dónde se entiende que deben orientar una correcta administración societaria. Esa es la

perspectiva que de manera correcta adoptaron los redactores del CUBG, como antes había sucedido con los trabajos precedentes, y la misma que mantiene el actual CBG. Lo que sucede es que en el CUBG se optó por decir que la definición más precisa que se ofrecía del interés social era preferible a perspectivas más amplias, dado que la elegida proporcionaba al consejo y a los ejecutivos una directriz clara en la adopción de decisiones por su parte y en la evaluación que de las mismas pudieran hacer los accionistas y otros legitimados (CUBG, p. 8).

De acuerdo con ese planteamiento el CUBG optó por una interpretación contractualista, en línea con el planteamiento conocido y asentado jurisprudencialmente, que apunta al interés social como el interés común de los accionistas o, siguiendo al CUBG, el interés del accionista común. Justificaba esa opción alegando que se trataba de la más adecuada solución para *“un ejercicio efectivo y preciso de responsabilidad y la que mejor responde a las expectativas de los inversores”*. El CUBG no implicaba una adopción de la interpretación contractualista del interés social como solución radical y excluyente, sino que matizaba a continuación que su opción no significaba ignorar los intereses de otros grupos implicados en la empresa o establecer que la defensa de los intereses de los accionistas debía de perseguirse a cualquier precio. De manera que en aquella solución, aparecían referencias a los distintos grupos de intereses y también a la RSE.

Por seguir con una terminología que cada vez está más extendida, podríamos decir que el CBG de 2015 se ha alejado relativamente de la tesis contractualista y plantea una solución más orientada a una visión institucional del interés social (Embido, 2015, pp.23-24). En primer lugar, su Principio 9 proclama como responsabilidad del consejo de administración la asunción de la administración social y la supervisión de la dirección de la sociedad, *“con el propósito común (de todos los consejeros) de promover el interés social”*.

A esa proclamación general sigue la idea de que junto al interés social no se puede desconocer que en toda actividad empresarial confluyen otros intereses a los que se debe de dar respuesta. Ninguna otra consideración realiza el CBG con respecto a esos otros intereses, pasando a la Recomendación 12 que en buena medida es una reproducción ampliada de la Recomendación 7 del

CUBG. La vigente Recomendación 12 habla del interés social, *“entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa”*. A continuación, en la misma Recomendación 12, la mención a los otros grupos de intereses permite desembocar también en el amplio capítulo de la responsabilidad social de la empresa (RSE) con las referencias a los legítimos intereses de empleados, proveedores, clientes, el impacto de las actividades en la comunidad y en el medio ambiente.

Por lo tanto, parece que el CBG ha optado por abandonar los planteamientos que explicaba con una mayor claridad el precedente CUBG y mantener de una manera ya directa una combinación del concepto del interés social con la RSE.

En cualquier caso, se mantiene la función orientadora de la gestión que tiene el interés social. Lo que sucede es que asistimos a un cambio sustancial. La referencia al interés común de los accionistas ha desaparecido. La aplicación en el ámbito de las sociedades cotizadas del concepto jurídicamente más asentado del interés social ha dejado paso a una interpretación de ese interés plagada de conceptos tomados del lenguaje económico y que frecuenta una notable indeterminación. La rentabilidad o la sostenibilidad son objetivos siempre relativos. La sostenibilidad a largo plazo también puede serlo, pero sobre todo es una referencia indeterminada porque no se sabe cuáles son los valores a los que debe de orientarse esa sostenibilidad como objetivo contrapuesto al de la rentabilidad. Por otro lado, resulta evidente que rentabilidad y sostenibilidad dependen como principal factor de la solvencia y de la capacidad financiera de cualquier sociedad y que ésta a su vez va a estar condicionada en gran medida por la satisfacción prioritaria de los intereses de los accionistas como y de los acreedores. Por último la continuidad y la maximización del valor económico son también conceptos absolutamente indeterminados desde una perspectiva jurídica.

Quizás lo más relevante en ese acercamiento acogido en el CBG sea la referencia a los otros intereses. La mención a ese capítulo diverso de intereses no es meramente declarativa sino que debemos de insistir en que los

destinatarios de esa invocación son los administradores. Al consejo de administración se remite el segundo párrafo de la Recomendación 12, al proponer, que para alcanzar el objetivo que hace legítima la actuación de gestión, deba de tomar en cuenta otros intereses. Como dice literalmente dicha Recomendación, el Consejo deberá procurar conciliar el interés social con esos otros intereses legítimos.

Esta combinación de objetivos plurales no es inocua. No se puede ignorar que muchos de esos objetivos están con frecuencia contrapuestos en la evolución de una actividad económica. El propio ordenamiento se ha encargado de advertir esa contraposición, por ejemplo cuando impone determinados derechos de información ante decisiones societarias.

Lo cierto es que el buen gobierno y los códigos en que se concreta disfrutan de una cierta flexibilidad que el legislador no puede utilizar. En estos códigos se añaden al respeto evidente e imprescindible del marco normativo, consideraciones que podríamos insertar en la política económica en vigor en cada momento. No puede ignorarse en el año 2006 que la realidad económica y de los mercados financieros en general dista mucho de la más negativa y tensa que ha acompañado la aprobación del CBG de 2015. Entendiendo desde esa perspectiva cual pueda ser la orientación adoptada por el redactor del CBG en cada momento, ello no impide tomar una distancia prudente al apuntar el problema que el interés social propone en el marco del Derecho de sociedades.

En consecuencia, cometeríamos un error si a partir de este tipo de propuestas pretendiéramos condicionar la solución que debe de adoptar el Derecho societario. Éste opera en un ámbito más reducido y los intereses en liza que deben de servir para delimitar el interés social que son más limitados que los que puedan contemplarse en esa visión heterogénea que caracteriza a esos códigos.

7. Interés social e interés de grupo

Para terminar, vuelvo a un problema jurídico vinculado con la determinación y vigencia del interés social. Es el que se plantea en el marco de

un grupo de sociedades y que ha ilustrado de una manera particularmente interesante la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015. Una decisión atractiva por el interés del supuesto práctico que hubo de ser resuelto, de los razonamientos de los Tribunales de Instancia y, por supuesto, de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, que no ha pasado desapercibida. Nos encontramos en el escenario de un grupo organizado bajo un criterio jerárquico o, ante un grupo de subordinación. La vigencia del interés social de las distintas sociedades integrantes del grupo aparece como una potencial fuente de conflictos y también, como criterio determinante de la responsabilidad de los distintos administradores respectivos.

El interés social de cada sociedad suele traducirse de forma simultánea en el perjuicio de otros intereses dentro del mismo grupo. El problema de solventar ese conflicto de intereses sociales se encuentra con una posible solución a través de la aparición del concepto del interés del grupo. Parece razonable que si hablamos de una empresa policorporativa, de una realidad empresarial que unifica e integra a distintas sociedades mercantiles, a ese nuevo sujeto habrá que reconocerle un interés propio. Un interés que no es la mera acumulación de los intereses sociales de todos sus integrantes, sino la expresión de un interés autónomo que vincula al conjunto de las sociedades si bien con las condicionantes que luego veremos.

El supuesto analizado por el Tribunal Supremo tenía su origen en la decisión que en el seno de un grupo de sociedades se plantea para que la clientela de una determinada sociedad sea transmitida en su totalidad a otra. Al cabo de poco tiempo, los resultados de la sociedad cedente de esa clientela empiezan a reflejar importantes pérdidas. Por parte de un socio de la sociedad perjudicada se alega que ha habido una infracción del deber de lealtad del administrador que ha permitido esa transmisión de la clientela o que ha acatado las instrucciones de la sociedad dominante, contra el que se propone el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Descartada ésta por la junta y utilizando la legitimación subsidiaria que se reconoce a la minoría, se procedió a entablar la señalada acción que siendo desestimada inicialmente por el Juzgado de lo

Mercantil, fue estimada posteriormente por la Audiencia Provincial de Barcelona, cuyo criterio es ratificado por el Tribunal Supremo, que de esta manera avaló la condena al administrador de la sociedad filial por entender que había ignorado el interés social, incumpliendo el deber de lealtad y confirmando su condena a reparar el daño económico padecido por dicha sociedad.

La Sentencia reconoce la legitimidad del interés del grupo en términos generales, si bien en este caso no estaba justificada la sumisión del interés social de la sociedad filial que se vio obligada a ceder la clientela ante el interés del grupo, concretado en las instrucciones transmitidas por la sociedad dominante. La solución a esta relación conflictiva viene dada por la teoría de las ventajas compensatorias que el Tribunal Supremo acoge, si bien para considerar que en este caso no se dieron y, por lo tanto, para abrir la puerta también a la solución de los conflictos entre esos intereses normalmente alineados, pero que pueden dar lugar a situaciones de desencuentro: interés del grupo contra interés social.

En gran medida el interés de esa Sentencia radica no simplemente en acoger algunas construcciones doctrinales especialmente importantes en esta materia, sino en llamar la atención sobre la directa relación entre las características del conflicto planteado y algunas de las reglas que aparecen desde hace tiempo en las propuestas de nuestra reforma societaria en orden a integrar un régimen de grupos que permita hacer frente a estos problemas. Me refiero, por limitarme a la más reciente referencia, a los arts. 291.10 y ss. del Anteproyecto de Código Mercantil, que ofrecen soluciones para el supuesto de instrucciones de la sociedad dominante que puedan ser lesivas para una sociedad filial.

La vigencia del problema en una perspectiva internacional encuentra una acreditación tan oportuna como sugerente en los trabajos que desde hace tiempo viene desarrollándose en el Grupo de Trabajo V de la CNUDMI. Desde hace años se decidió abordar el tema de la posición de los administradores de sociedades pertenecientes a un mismo grupo, sobre todo en relación con su responsabilidad ante situaciones en las que aflora la ya expuesta ponderación del interés de “su” sociedad y el interés de grupo. La CNUDMI expone con precisión la reiteración en la escena internacional de ese conflicto de intereses y

la respuesta que, ante la mayoritaria falta de normas aplicables, vienen dando los Tribunales.

Nota bibliográfica básica

Alfaro, J./Massaguer, J., “Artículo 204”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, Cizur Menor 2015, p. 155 y ss.; Arroyo, I., “Reflexiones en torno al interés social”, RDM 240 (2001), p. 421 y ss.; Cortés, L.J., “El interés social y el sistema de gobierno corporativo”, en *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Madrid (2014), p. 157 y ss.; Embid, J.M., “La codificación del gobierno corporativo”, RDBB 140 (2015), p. 11y ss.; Esteban Velasco, G., “Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el derecho de sociedades y en el gobierno corporativo”, en *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, p. 271 y ss.; Juste, J., “Artículo 227”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, cit., p. 361 y ss.; Sabogal Bernal, L.F., *El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades*, Tesis doctoral (dir. G. Esteban Velasco), 2015, 428 páginas; Sánchez-Calero, J., “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa”, en AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, Cizur Menor (2006), p. 866 y ss.; Sanz Bayón, P., *Las situaciones de bloqueo en las sociedades de capital paritarias*, Tesis doctoral (dir. A. Veiga Copo), Madrid 2015, 466 páginas; Vives, F., *La impugnación de acuerdos sociales en la reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 2014.

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL, DESDE LA PERSPECTIVA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL

Catedrático de Derecho Mercantil (UAM)

SUMARIO

1. El interés social es un concepto suficientemente aclarado en Derecho de Sociedades. 2. Entre el interés social y la responsabilidad corporativa se encuentra el conjunto de problemas que se analizan bajo el rótulo del cumplimiento normativo. 3. Hay empresas que no cumplen la ley, y este es el verdadero problema. 4. ¿Qué nos queda para la responsabilidad social corporativa? 5. Conclusión

1. El interés social es un concepto suficientemente aclarado en Derecho de Sociedades

La Ley de Sociedades de Capital se refiere a él en materia de impugnación de acuerdos sociales: si un acuerdo no es conforme al interés social, se puede impugnar. Es impugnable sólo negativamente, es decir, si el demandante puede argumentar que el acuerdo es contrario al interés social, el acuerdo deberá ser anulado. Del mismo modo, si los administradores actúan en contra del interés social cuando ejercen sus facultades discrecionales, incurren en responsabilidad.

Una primera conclusión es, pues, que el interés social es simplemente un mecanismo de control de las decisiones discrecionales de la junta o de los administradores, y que actúa como límite para proteger a los que han sido

derrotados en esa decisión discrecional; es decir, a los socios minoritarios y a los socios, en general, frente a la actuación de sus agentes.

Por tanto, el problema del *interés social tiene que ver con el contrato de sociedad. No tiene que ver con la empresa*. La responsabilidad social corporativa tiene que ver con la empresa.

Porque la sociedad –la persona jurídica- es sólo una parte de la trama que es la empresa. Si mezclamos los temas de la empresa con los de la sociedad no acabamos bien. La sociedad es, para el derecho, la persona jurídica, porque el contrato de sociedad genera una persona jurídica. Alrededor de esa persona se mueven los *stakeholders*; es decir, todos los que participan en la actividad de la empresa o se relacionan con ella. Pero, no por ello, participan en la sociedad.

Y bien, ¿qué es la empresa? La empresa, como dicen los economistas neoclásicos, es una unidad de producción para el mercado. En esa unidad de producción hace falta la cooperación de muchos: los que aportan los insumos, - los proveedores -; los que aportan la fuerza de trabajo, - los trabajadores -; los que aportan la financiación, - los acreedores financieros -, etc. Y los accionistas, que son el grupo que aporta el capital de riesgo, es a quienes hacemos miembros de la persona jurídica. Por lo tanto, el “interés social” es el interés de los miembros de esa persona.

2. Entre el interés social y la responsabilidad corporativa se encuentra el conjunto de problemas que se analizan bajo el rótulo del cumplimiento normativo

Si me dicen que en un informe de RSC tengo que explicar cómo hemos cumplido con las normas *antitrust*, las normas antiblanqueo, las normas de defensa de los consumidores, etc., es que estamos considerando que una empresa “socialmente responsable” es aquella que cumple con las normas que le son de aplicación. Esto es un error. Una empresa tiene obligación jurídica de cumplir con las leyes que le vinculan y eso no tiene nada que ver con que consideremos que actúa de forma “socialmente responsable”.

Lo que ocurre es que, cada vez con más frecuencia, las normas legales no tienen un supuesto de hecho determinado, y dan un amplio margen a las empresas para decidir cómo cumplen esas normas. Pero, aun en este caso, seguiríamos en el ámbito del Derecho en general aunque no solo del Derecho de sociedades. Los administradores tienen que organizar la compañía de manera que se asegure razonablemente que se cumplirán las normas aplicables. No todas, sino las normas dictadas para proteger intereses generales de la Sociedad o, como dicen los economistas, evitar que la actividad de la compañía genere externalidades.

La discusión sobre la responsabilidad social corporativa ha ocultado que lo importante para la Sociedad no es que las empresas se comporten de forma “socialmente responsable” sino que cumplan las normas que el ordenamiento les impone. No se trata de imponer comportamientos morales, sino de exigir el cumplimiento de la Ley. El ordenamiento jurídico dispone de los mecanismos necesarios para garantizar que las empresas actúan de conformidad con la legalidad. Pero no siempre.

Imaginemos que yo estoy trabajando en un taller de costura en Bangladesh; si se me cae el edificio porque se edificó de cualquier manera y el Derecho de Bangladesh no me da una acción para demandar civilmente al dueño del edificio o al empleador -en Bangladesh no hay un 1902 ni un 1101 CC-, resulta que los afectados por este suceso no podrán ni demandar civilmente. El problema, por tanto, no es pedir a las empresas textiles que contratan su producción en Bangladesh que se comporten moralmente, sino que exijamos que las empresas cumplan la ley. Y si la Ley no protege los derechos y los intereses de los particulares, algunos tan básicos como el derecho a ser indemnizado cuando alguien te causa un daño que no tienes por qué soportar, *el problema está en el sistema jurídico, no en la responsabilidad social corporativa.*

Luego, en general, el problema no es que pidamos a las empresas comportamientos morales, sino que pidamos a los administradores y gestores de las empresas que cumplan la ley. Así, el primer problema que se presenta hoy en este tema está en que el sistema jurídico no disponga de las normas correspondientes para proteger esos intereses, o bien que aunque las haya se

carezca de los mecanismos de *enforcement* suficientes para garantizar que los sujetos actúan conforme a la legalidad. Por aplicación de las normas de derecho internacional privado, las empresas occidentales deberían poder ser demandadas por las trabajadoras de Bangladesh en la medida en que el accidente les sea imputable de acuerdo con el art. 1902 CC

Por tanto, si queremos ser analíticamente fructíferos, si queremos decir algo con sentido, tenemos que separar lo que es gobierno corporativo, el interés social, el cumplimiento normativo, y otros conceptos jurídicos que aparecen en las normas.

Los juristas tenemos que centrarnos sobre todo en decir lo que pueden o qué no pueden hacer las empresas, fomentar que cumplan con la legalidad y, si es posible, evitar aquellas externalidades que pueden causar más daños a la sociedad en general.

3. Hay empresas que no cumplen la ley, y este es el verdadero problema

El Ibex 35 está lleno de empresas que muestran un *record* bastante mejorable en materia de cumplimiento de la legalidad. No quiero que las empresas del Ibex 35 hagan caridad con el dinero de sus accionistas. Antes de eso, tenemos que querer que cumplan la ley, que no participen en cárteles que perjudican a los consumidores, que no sobornen a políticos, que no maltraten a los trabajadores y que no engañen a sus clientes.

En las empresas del Ibex hay rarísimos casos en los que se ha despedido a directivos por incumplimiento de las normas sobre blanqueo, corrupción, y otros tipos de fraude, al margen de que estos hayan sido demandados o no, y del resultado del juicio.

Esas empresas cotizadas no castigan a los administradores y gestores de las decisiones estratégicas cuando no actúan conforme a derecho – nos dicen los estudios empíricos -. Alemania ha abierto ya más de 100 casos para aplicar la norma de la OCDE de lucha contra la corrupción; España en cambio ninguno.

Esto sí son ejemplos de cómo se sigue el cumplimiento de normas legales y contractuales en unos y otros países.

4. ¿Qué nos queda para la responsabilidad social corporativa?

De este modo, si interés social es el de los socios, y el cumplimiento normativo se refiere a que la empresa cumple con las normas legales dictadas en interés de toda la Sociedad ¿qué nos queda para la responsabilidad social corporativa? La respuesta a este problema está bastante clara hoy. Lo ha aclarado Jean Tirole, premio Nobel de economía del año pasado, que lo explica perfectamente [en un artículo de 2010](#). Ante la cuestión ¿qué es la Responsabilidad Social Corporativa?, responde: es, sobre todo, filantropía por delegación.

Podemos presumir que los accionistas aceptarían que parte de los recursos de una compañía se dediquen a actividades de este tipo, *a las que no vienen obligadas por la Ley o por un contrato*. Estas actividades de responsabilidad social pueden beneficiar a las empresas que las realizan porque mejoren su reputación.

¿Cómo distinguir, entonces, la “buena” de la “mala” responsabilidad social?

La mala es, por ejemplo, la que hacen algunas empresas del IBEX35 cuando invierten dinero de los accionistas a mayor gloria del Consejero Delegado, que no es el dueño de la empresa. Sospechemos, por ejemplo, cuando la fundación de una empresa del Ibex 35 invierte sus fondos en el pueblo de donde es el presidente, o cuando hace donaciones a *charities* que son las preferidas del consejero delegado o de los miembros del consejo. En Enron, el consejero delegado sobornaba a los miembros del consejo poniendo dinero en las *charities* de su elección porque los consejeros no eran tan inmorales como los de alguna Caja de Ahorro española.

La buena responsabilidad social corporativa es la que, no teniendo un volumen excesivo, puede mejorar la reputación de la compañía frente a sus

stakeholders ya que, de ese modo, aumenta el valor de la compañía. Así, Iberdrola tiene [un programa de iluminación de edificios históricos](#) que para ellos tiene un coste bastante limitado; es algo que la empresa sabe hacer muy bien, y por tanto relaciona la actividad de la empresa con la actividad social de la misma en su entorno, y mejora la imagen que, de esa compañía, tienen todos los *stakeholders*. Por no dejar a Iberdrola, [sus esfuerzos recientes – y los de otras eléctricas](#) – por reducir al mínimo los cortes de luz a familias en dificultades es responsabilidad social corporativa de “la buena” porque mejora la imagen de la compañía y reduce el riesgo de que le impongan una regulación más onerosa para la compañía, además de reducir la audiencia que tienen las voces *antibusiness* y anti-mercado en la sociedad española.

Y, ¿por qué es importante que toda la gente que está en torno a la compañía tenga una buena imagen de ella? Porque está comprobado que cuando una empresa tiene buena reputación, (i) más trabajadores querrán trabajar ahí, lo que hace que, *ceteris paribus*, los trabajadores pidan un salario menor por la satisfacción que supone trabajar para esa empresa con buena reputación. Por ejemplo, comparemos INDITEX con una empresa similar que tenga fama de ser corrupta. Un trabajador preferirá trabajar en INDITEX y demandará un salario menor por trabajar ahí, porque sabe que no le van a despedir sin motivo, no le van a engañar, va a contribuir a crear valor, etc. (ii) Los proveedores pedirán un precio menor por su producto. Por ejemplo: si me sale un posible cliente que es INDITEX le doy crédito, o le bajo el precio, mientras que a otro cliente desconocido le pediré el pago adelantado antes de soltarle una prenda. (iii) Los clientes estarán dispuestos a pagar más por mis productos por la buena reputación que tiene la sociedad socialmente responsable.

5. Conclusión

Por lo tanto: en la medida en que la responsabilidad social corporativa aumente la reputación de la empresa, contribuye a aumentar el valor de la misma. De este modo, la conclusión a extraer es que el consejo de administración y todo el entramado del gobierno corporativo de la compañía tienen que encargarse de garantizar que la responsabilidad social corporativa

que lleva a cabo la sociedad es de la “buena” y no de la “mala”; e incumplirán su obligación de supervisión de lo que hacen los ejecutivos si permiten que la Responsabilidad Social Corporativa sea de la “mala”; es decir, a mayor gloria del consejero delegado, o peor, que sirva para ocultar los incumplimientos normativos.

En definitiva: necesitamos limpiar el vocabulario para saber cuándo hablamos de un tema o de otro. Porque si no lo hacemos es imposible estudiar empíricamente de qué modo contribuye o no a crear valor la RSC. Y los juristas no podremos contribuir al debate si no distinguimos que una cosa es el Derecho de Sociedades -y su noción del interés social-; otra cuestión es el cumplimiento de las normas y de los contratos – *compliance* –; y una tercera es si queremos que las empresas a través de sus ejecutivos hagan filantropía con el dinero de los accionistas. Lo que en mi opinión sí deben hacer, moderadamente, pero con garantías que aseguren que contribuyen a aumentar el valor de la compañía.

**RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL:
POSICIONES JURÍDICAS Y PRECISIONES DOGMÁTICAS**

Javier IBÁÑEZ JIMÉNEZ

Director (Comillas) de la Cátedra Garrigues de Derecho de Sociedades

SUMARIO

I. PRENOTANDO SOBRE LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA QUE CONTEMPLAN LOS JURISTAS, EN ESPECIAL LOS PRIVATISTAS. II. APUNTE SOBRE LA RSC “BUENA” Y “MALA” EN EL GOBIERNO SOCIETARIO. III. TESIS DOMINANTE: CUMPLIR SUS DEBERES FIDUCIARIOS EXIME AL GESTOR QUE DAÑE AL ACCIONISTA SOCIALIS CAUSA. IV. CONCLUSIÓN SOBRE LA *MAREA DE JURIDICIDAD* DE LA RSC

I. PRENOTANDO SOBRE LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA QUE CONTEMPLAN LOS JURISTAS, EN ESPECIAL LOS PRIVATISTAS

Para un jurista, la responsabilidad social corporativa o de la empresa (RSC) es un concepto ajeno al Derecho (metajurídico), en cuanto que importado de otras ciencias sociales, en especial la Economía o la teoría de organización de empresas. Además, genera confusión recurrente en los juristas en cuanto que involucra una idea sustancial del derecho: la de responsabilidad en sus múltiples acepciones, sea por deudas (*Haftung, Haftpflicht* en el ubérrimo léxico jurídico teutón jurídico-privado), sea por razón de asumir un cargo (y entonces aparece la vertiente iuspública de responsabilidad como *Zuständigkeit* o, incluso, *Befugnis*), sea, simplemente, por haber de cubrir las consecuencias adversas derivadas del impago o incumplimiento (en el primer caso), o del ejercicio del cargo o competencia (en el segundo) y, por tanto, dar respuesta o satisfacción (*Verantwortung*, término de uso indistinto jurídico y metajurídico; naturalmente,

hasta un límite o dentro de unos márgenes jurídicamente exigibles y coercibles que dependen de las atribuciones, capacidades y poderes del sujeto responsable o a quien se atribuye responsabilidad (*Verantwortungsbereich, Zurechnungsfähigkeit*), en el marco de la voluntad del legislador que la depura y pide cuentas que el responsable ha de rendir conforme a derecho (*Rechenschaft*).

Obviamente esta trama conceptual es ajena a la *corporate social responsibility* de la teoría angloamericana de la empresa y de la praxis de la *Global Reporting Initiative* (GRI) de Naciones Unidas, donde “responsabilidad” o *responsibility* aparece como un término difuso para los juristas, que ignora la diversidad causal y estructural de los mecanismos y vínculos de coerción (*enforcement*) disponibles en los ordenamientos. Y que olvida también sus causas de atribución, sus niveles de intensidad, ejecutoriedad o procedibilidad, entre otros parámetros relevantes en derecho.

La responsabilidad social como la entienden las empresas hoy, es un principio general de actuación, de naturaleza ética, y concretado en la adopción dos tipos de mecanismos, todos ellos voluntarios y *pro bono* u orientados a la consecución del bien común¹:

- a) Unos que son de actividad o de acción empresarial *allende* las exigencias mínimas del *ius cogens*. Lo que excluye del campo de la RSC, en puridad, todo el derecho, en cuanto sistema de normas coercibles; y desde luego excluye también, como mínimo, las acciones y actuaciones de cumplimiento o *compliance* –siempre ineludible- de normas imperativas o necesarias. Lo cual traslada al jurista, entre otros los problemas de determinar si:
 - (i) Las llamadas vías indirectas de coerción pública (códigos o informes para “cumplir o explicar” ante las administraciones, leyes y reglamentos de responsabilidad social², publicidad obligatoria en

¹ Cf. BAJO SANJUÁN, A.: “¿De qué estamos hablando al referirnos a la RSC?”, en BAJO, A. / VILLAGRA, N. (eds.), *Evolución conceptual y práctica de una gestión responsable*, Cátedra Javier Benjumea de Ética Económica y Empresarial / U. P. Comillas, Madrid, 122-124.

² Así, Ley 15/2010 de responsabilidad social de la empresa en Extremadura, que define la RSC en el ámbito de la actividad contractual de la sociedad (art. 1), y establece parámetros de medida (art. 4) cuyo resultado debe incorporarse a documentos o memorias anuales específicas,

materia de RSC, incentivos públicos a la RSC, entre otros mecanismos) desdibujan o incluso borran todo vestigio de voluntariedad, y trasladan al plano jurídico nuevas obligaciones, indeseables además en cuanto distorsionan el mercado sin beneficio común; resurge una vez más el problema constitucional de la subordinación universal de la riqueza al interés general -33. 2 y 128 CE-.

- (ii) La RSC contenida en normas internas o contratos entre socios, en las compañías, crea, *contra definitionem* –por hipótesis, la RSC es ética, crea obligaciones naturales y no civiles-, genuina responsabilidad civil, y en el campo societario, en concreto, la de los administradores y directivos.
 - (iii) La RSC es en realidad una respuesta débil de los agentes del mercado frente al reconocimiento del fracaso de los sistemas de cumplimiento normativo internos, de los mecanismos públicos de supervisión e, incluso de la administración de justicia, incapaces económica y moralmente de atender a los fines del derecho –la prosecución y consecución del bien común-, desbordados por la generalización del fenómeno de las previsiones económicas de eficiencia del incumplimiento, e inermes para disuadir de este a los agentes económicos racionales y previsores.
- b) Además de las concretas acciones o actos –muchos de ellos, jurídicos en el sentido de la teoría general del derecho-, las conductas generales o comportamientos comunes de los operadores de la empresa, y los criterios o políticas que sustentan esas líneas de comportamiento –por ejemplo, niveles de priorización de estrategias, preferencias por la salvaguarda del interés de determinados grupos de interés, selección de

externamente auditables (art. 5) a fin de recibir beneficios públicos (subvenciones, preferencia adjudicataria pública, ex art. 9) previo registro administrativo de la sociedad que haya superado los estándares legales (art. 10). Cabe imaginar la virulencia de las críticas vertidas contra este tipo de leyes desde posiciones liberales, librecambistas, o, en el terreno ius-societario, contractualistas puras o no matizadas. Más prudentemente, entienden BENABOU y TIROLE (2005), “Incentives and prosocial behavior”, 11535 *NBER Working Paper*, August, 1 -hay version de 2006 en 96 (5)*American Economic Review*, American Economic Association, 1652-1678, December- que “providing rewards and punishments to foster prosocial behavior *sometimes* has a perverse effect, reducing the total contribution provided by agents” –énfasis añadido-.

objetivos, programas de actuación-. Obviamente, tales políticas y conductas ingresan naturalmente en el espacio que corresponde a la autonomía de la voluntad, por lo que algunos entienden que la RSC es noción superflua para el derecho. Sin embargo, no es tan sencillo posicionarse a favor de esta idea de superfluidad, si se considera con detenimiento y rigurosidad, entre otros hechos, que:

- (i) De un lado, las políticas o estilos que corresponden a la “visión” del empresario y sus gestores inciden directamente en su esfera de responsabilidad en la medida en que configuran directamente la adecuación a derecho de sus concretas actividades o actuaciones, y en concreto sirven para determinar la concurrencia de dolo o culpa en su desenvolvimiento.
- (ii) De otro lado, las políticas de RSC están en la práctica de las sociedades cotizadas –y también en otras en menor medida- concretando cómo se cumplen otras normas autoimpuestas o bien contratos especiales con orientación social, cuyas características son singulares por afectar, en el caso de las sociedades, al interés social. Se dirá que las reglas generales societarias³ y de cumplimiento contractual resolverán estas cuestiones; pero es un hecho cierto es que, precisamente por esta afectación del interés social, las normas y contratos de RSC se aplican en las sociedades cotizadas con singular cautela y generan conflictos entre sociedad, gestores, accionistas y trabajadores, entre otros, de complejidad impensable en el ámbito común de la llamada autorregulación, precisamente por el innegable crecimiento de una sensibilidad social de los operadores, distorsionadora también del paladar jurídico tradicional. Se podrá, no sin buenas razones, criticar esta nueva sensibilidad –y su impacto en el gobierno societario, diferente en función de su capacidad creadora o, en su caso, destructora o detractora de valor; v. abajo, II-, pero es

³ Ciertos tipos societarios –así, cooperativas- satisfacen con preferencia a ciertos titulares de rentas residuales, lo que permite cubrir una función social específica; no obstante, el legislador, a escala global, está actualmente universalizando y homogeneizando criterios de RSC para atender a *stakeholders* muy variados, y el derecho de sociedades no parece bastar para colmar esa atención.

perfectamente reconocible en la actualidad como un hecho ya bien asentado en las grandes empresas en Occidente⁴.

II. APUNTE SOBRE LA RSC “BUENA” Y “MALA” EN EL GOBIERNO SOCIETARIO

Se ha planteado oportunamente que una RSC *buena* expresa la función social de la propiedad constitucionalmente consagrada –cf. art. 33.2 CE, opuesto al 2513 CC argentino de 1871 que reconoce al propietario los derechos de "desnaturalizar, degradar o destruir" la cosa; y afín al 153 de la Constitución de Weimar de 1919, que expresa el deber de usar la propiedad para “servir al bien de la comunidad”-. En el caso de las sociedades de capital, las políticas, reglas internas y acciones de RSC *buenas* crearían valor. En cambio, una RSC *mala*, mero *make-up* o tapadera de acciones ilegales o al menos ilícitas, detraerían valor, al suponer trasvase o cesión por la compañía de utilidades o rendimientos a *inside incumbents*, iniciados o advertidos que los extraerían en provecho propio o de su círculo –así, consejeros que inviertan recursos sociales en *charities* vinculadas-. En realidad, desde una óptica de eficiencia societaria, lo esencial será medir el nivel de creación –o destrucción, en su caso- de valor para el accionista que acarrea la incorporación de las políticas, prácticas, acciones y normas internas de RSC –orillando el efecto de eventuales exposiciones externas a un riesgo de RSC, real o *moral*-. Desde esta óptica neutra que proponemos, la RSC será siempre arma *de filo doble*. Incluso, cabe el análisis económico de los rendimientos obtenidos por la sociedad mediante incentivos

⁴ La Directiva 2014/95, de 15 de noviembre, que modifica la 2013/34 en punto a la divulgación de información no financiera “social y medioambiental” (vale decir, de RSC), se transpondrá antes del 6 de diciembre de 2016 voluntariamente (como mandan los cánones de la RSC), pero la referida sensibilización de los operadores hará a muchas sociedades europeas incorporar políticas, informes y auditorías de RSC; finalmente y tras intenso debate en la Comisión y el Parlamento, se decidió que las empresas que permanezcan ajenas a este fenómeno no serán sancionadas, pero es obvio que esa auto-marginación traerá costes de reputación elevados a las empresas que no incluyan, como propone la Directiva 2014/95, un “estado no financiero” en el informe de gestión que contenga información de RSC –laboral, anticorrupción, medioambiental o sobre derechos humanos- precisa para entender la evolución del negocio, que es la finalidad del informe de gestión. En la UE, la Directiva concierne a unas 6.000 empresas, un 10% de las cuales son españolas, incluyendo empresas de interés público con más de 500 trabajadores y 20 millones de euros de activo o 40 de negocio anual –art. 19 bis de la Directiva 2013/34-, al margen de si cotizan o no.

públicos o externos de publicidad de informes de RSC –que puede resultar comparativamente oprobiosa, induciendo a incurrir en costes indeseables para preservar la reputación externa o formal como advierte el Nobel de Economía de 2014, Jean Tirole.

En realidad, y siempre siguiendo la perspectiva de eficiencia, la detracción neta o “deriva” –Juan Sánchez-Calero *dixit*- de riqueza que causan las obligaciones –en su caso- de RSC es relativa, y, probablemente, correlacionada inversamente, o incluso decreciente linealmente, con el carácter social de la empresa o *telos socialis* en el sentido del artículo 1 de la *Ley 43/2015* de entidades del llamado Tercer Sector de Acción Social, compuesto por personas jurídicas cuya actuación necesariamente será “sin lucro y altruista”. Asimismo, es probable que la especificidad, nivel de definición y grado de desarrollo empírico en el mercado de los fines sociales de una entidad⁵, pese a su alto coste⁶, también se correlacione inversamente con la detracción neta de riqueza del socio en el sentido apuntado, por una doble razón: la asunción previa de un fin *pro bono* –estatutario, o explicitado en contratos posteriores- por los tomadores principales de rentas residuales de ese *telos*; y, paralelamente, la postergación voluntaria por estos agentes económicos de beneficios inmediatos, en aras de la sostenibilidad futura –cuestión distinta es la viabilidad del proyecto, y la necesidad o conveniencia de sustento o apoyo público para lograrla, asuntos en apariencia ajenos a este argumento, aunque no lo son tanto si se repara en la insistencia con que los gestores públicos tratan de persuadir a la población de la necesidad, por ejemplo, de preservar a cualquier coste determinados bancos y unidades productivas *too big to fall*-.

⁵ Sirva como ejemplo de buena definición Triodos, banco holandés microfinanciero o “social” - con sucursal española operativa desde septiembre 2004, con registro 1.491 en el Banco de España- que asume como parte de su objeto social específico –estatutario- procurar sistemáticamente, en el contexto del cumplimiento de su objeto social, la inclusión financiera de sus clientes y prestatarios, sin perjuicio de la naturaleza jurídica-societaria de la entidad como entidad de crédito, ni de su proceso generativo de valor para los socios, en lo que apenas es distinguible de un banco ordinario o “no social”; de hecho, muchos bancos tratan ahora de granjearse una renovada simpatía con los clientes recurriendo a una obra “social” más propia de las fenecidas Cajas, o a actividades de microfinanzas propias de las instituciones genuinamente microfinancieras, con propósitos obviamente reputacionales o de *reconciliación urbi et orbi*.

⁶ Se calcula que el coste medio de incorporar al informe de gestión la parte relativa a RSC ronda los 6.000 euros en las entidades de interés público, pudiendo rebasar los 200.000 en grandes cotizadas.

III. TESIS DOMINANTE: CUMPLIR SUS DEBERES FIDUCIARIOS EXIME AL GESTOR QUE DAÑE AL ACCIONISTA SOCIALIS CAUSA

Si un gestor detrae, merma, perjudica o inflige daño al patrimonio de la sociedad que gestiona, deberá responder frente a su mandante societario (bajo el régimen, en nuestro derecho, de la acción social del art. 238 LSC). Ahora bien, cabe como excepción oponible a la reclamación el cumplimiento cabal de los deberes de diligencia y lealtad (236.1 LSC *a contrario*).

Acerca de este esquema simplificado del funcionamiento de la acción de responsabilidad exigible al administrador o directivo frente a los socios reclamantes de daños causados al patrimonio social, cabe preguntarse si puede mantenerse cuando la causa del quebranto es, en particular, el seguimiento de criterios, acciones, planes, programas o políticas de RSC, o bien el cumplimiento de normas internas de RSC.

A este efecto entendemos que deben distinguirse dos supuestos: aquellos en los cuales exista una obligación de *compliance* externa o interna claramente delimitada por una cláusula contractual o una norma social, y aquellos otros donde no exista tal delimitación o especificación. En el primer supuesto, bastará al administrador invocar la norma interna o cláusula contractual cuyo cumplimiento alega, y la subsunción de su acción, contrato, conducta o actividad dañosa para el patrimonio en esa norma, para salvar su responsabilidad. Es más, podrá haber socios reclamantes de daños vía acciones individuales (del art. 241 LSC) que prueben dolo o culpa del gestor –y el nexo causal en la generación de su daño- que desatienda obligaciones de RSC expresadas en normas internas o cláusulas contractuales; también, *mutatis mutandis*, cabe ejercer la acción social en idéntico supuesto de conculcación, lo que será más frecuente en entidades del tercer sector de acción social u otros no societarios cuya asamblea y sus miembros o perceptores de rendimientos residuales se identifiquen plenamente con finalidades de interés general.

En el segundo caso –dilución de la obligación en criterios o políticas genéricas de operar de modo socialmente responsable-, los jueces tendrán ante

sí una tarea más ardua. Puesto que cabe pensar, especialmente asumiendo el paradigma *shareholder* o contractualista que mantiene el Supremo, con buena parte de nuestra doctrina, que el mandatario debería haber antepuesto el interés social –léase, de los socios- al de otros *stakeholders*, en caso de conflicto entre una regla genérica de RSC y los principios societarios comunes que le constriñen a actuar *pro societate*, no *pro bono*. Puede ser el caso, por ejemplo, del administrador que otorgue –de forma socialmente responsable, pero societariamente “irresponsable”-aval de la sociedad a una ONG –no siendo esta la operativa común de la entidad, como sí sucede en las instituciones microfinancieras- para que obtenga financiación destinada a un proyecto que luego resulta fallido, debiendo la sociedad pagar como avalista sin posible reembolso en vía de regreso. Si la concesión de esos avales era facultad del administrador, pero sin especificación, por ejemplo, sobre entes merecedores de aval, y además las políticas generales de la empresa son claramente favorables a la priorización de entes del sector social, ONG o semejantes, podemos estar ante un conflicto con los socios de difícil resolución –sin perjuicio de la facultad de estos de cesar al gestor inoportuno- a la hora de reclamar responsabilidad por *culpa in vigilando* –sobre la ONG o el proyecto en cuestión, donde intervendrán múltiples factores dignos de consideración por el juez-.

Es necesario además considerar la posible coexistencia de otros conflictos normativos que interfieren en la resolución de los ya citados. Es evidente que se irán planteando conflictos de aplicación entre reglas específicas de responsabilidad social -*CSR rules*- y normas y principios de derecho de sociedades, en la medida en que tales reglas especiales proliferen en las grandes corporaciones. Tales conflictos se habrán de resolver a la hora de enjuiciar la evacuación recta o no que los administradores hayan hecho de su deber de diligencia o, en su caso, también del deber de lealtad; pues dolosamente cabe, sin duda, incumplir reglas, principios o procedimientos de CSR internos –e. g., destinando fondos reservados a la obra social corporativa para pagar gastos corrientes, en contravención del art. 228 a de la LSC y rebasando los límites de la buena fe que exige el 226.1 para aplicar la *business judgement rule*-.

En el caso de conflictos de interés –“posicionales” o no- del gestor responsable con respecto a socios o personas vinculadas al beneficiario de la RSC, o con relación a otros gestores ligados a ellas, o a la propia sociedad, su configuración negocial y estructura subjetiva modula necesariamente la evaluación que quepa hacer de estas conductas; así, en el frecuente caso de presencia de intereses indirectos vinculados en las entidades descritas; presencia cuya prueba puede operar como presunción de quebranto de los deberes fiduciarios; por ejemplo, de culpa, aun sin prueba fehaciente de la existencia de un conflicto de intereses en el sentido societario actual⁷.

En todo caso, la circunstancia de mediar la aplicación una regla interna de RSC no parece aportar un plus específico a la hora de enjuiciar la conducta desde la óptica jurídico societaria común, en la medida en que esa regla se ha incorporado al acervo contractual interno reconfigurando concretas obligaciones de forma análoga a otras que imponen conductas o deberes al administrador al margen del sistema de RSC. Con la sola salvedad, tal vez, de la paradoja que supone el posible daño inflicto al interés social por actuar *pro bono*; mediando previsión orgánica de esta posibilidad al aprobarse las normas de RSC que diseñaron los socios o los gestores, los problemas serán menores. No mediando mala fe de los administradores o directivos, y no habiendo sido impugnados los acuerdos de las juntas o asambleas que los aprobados, no parece que los resultados adversos que genere la actividad social de los administradores deban trasladarse a estos, siendo mandatarios leales y diligentes. En todo caso, deberá probarse que el administrador ha conculcado un concreto deber, manteniéndose la presunción de lealtad *iuris tantum* o la protección de la discrecionalidad empresarial según la Ley, las normas internas y los estándares sectoriales⁸.

⁷ Cf. ESTEBAN VELASCO, G. (2004): "Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)", en AA. VV.: Responsabilidad Social Corporativa., Aspectos jurídico-económicos", Biblioteca de la Universitat Jaume I, Madrid, 2004, 13 ss.; ÍD. (2014), "Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el derecho de sociedades y en el gobierno corporativo", *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, 271-312.

⁸ En este terreno la inseguridad es notable, pues, como oportunamente se ha subrayado, faltan normas especiales de RSC que tutelen debidamente a los *stakeholders* –empezando por los socios; cf. ALFARO (2010): *Interés social: planteamiento*, accesible en marzo de 2016 en <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es/2010/10/el-interes-social-planteamiento.html> ; y asimismo se echan en falta diseños normativos que construyan un sistema adecuado de legitimación para pedir, no la RSC, sino la coerción de las reglas de RSC aplicables -CSR

IV. CONCLUSIÓN SOBRE LA MAREA DE JURIDICIDAD DE LA RSC

La marea de datos creados por el incentivo legal positivo para la formulación de informes y datos de RSC⁹ genera coste de difícil calibración en términos de eficiencia. En todo caso, el fenómeno demuestra un cierto nivel de fracaso del derecho en general, y del societario en particular, a la hora de prevenir la inseguridad jurídica que crean los conceptos de RSC, su delimitación con el mundo no jurídico –aún para muchos la RSC es mera *compliance* del derecho imperativo, esfera más amplia que la absorbería-, y sobre todo su diferenciación de conceptos clásicos –cumplimiento contractual y normativo, orden moral, orden público, interés público, interés social, entre otros-, fruto de la incapacidad del legislador para cohesionar lo nuevo y lo viejo.

Por más que algunos juristas se empeñen, la RSC no es ya un concepto solo económico o de análisis económico del derecho, es un problema jurídico directo, al menos hasta que el legislador no haga esfuerzos aclaratorios o de delimitación suficientes en materia de conceptualización, ordenación y deslinde de la RSC y sus manifestaciones públicas –informes, auditoría y registro, principalmente-.

Tampoco es la RSC, actualmente, solo –aunque también- *filantropía delegada*; hay una componente metajurídica, pero también otra jurídica, en su estructura, sin perjuicio de que una RSC es *buena* merecedora de fomento y tutela legal, si bien con las cautelas necesarias para evitar la destrucción de valor en las sociedades. Bajo tales presupuestos es posible compatibilizar las reglas de RSC con el clásico aislamiento o “insularidad” del derecho societario¹⁰ que

compliance; cf. SÁNCHEZ-CALERO, J. (2006): “Creación de valor, interés social y RSC”, en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas* (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., et al., coord.), t. II, Cizur Menor, 851 ss.

⁹ Sirvan de ejemplo, al margen de la Directiva 2013/34, antecedentes como nuestra Ley de Economía Sostenible, que reguló para las empresas de más de mil trabajadores la comunicación de su memoria de RSC o sostenibilidad al Consejo Estatal de RSE; memoria que más de 200 empresas ya registran. O la EECC 461/2013, que establece una transparencia obligatoria y un sistema de supervisión de informes voluntarios. Los antecedentes de este tipo de reglas los encontramos en Europa en normas pioneras como la *Unternehmensintegrität* Gesetz proyectada ya en 2004, muchos de cuyos criterios de transparencia fueron adoptados en otros Estados miembros.

¹⁰ La expresión es de Peta SPENDER (2000): “Scenes from a Wharf: Containing the Morality of Corporate Law”, Chapter 3, *International Corporate Law*, Volume 1, Fiona McMillan (Ed.),

exhiben las posiciones contractualistas puras en la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo con apoyo en el derecho societario (así, STS de 186/2006, de 7 de marzo; 377/2007, de 27 de marzo; 873/2011, de 7 de diciembre, entre otras).

El espectro futuro de la RSC para el derecho societario se centrará probablemente en dos ámbitos: la ordenación pública de la esfera de actuación social voluntaria de las sociedades; y la determinación de criterios de responsabilidad y de solución de conflictos de intereses de los gestores con los socios por aplicar las normas o criterios de RSC, incluyendo las normas procesales o instrumentos de reclamación específicos. Entretanto se mejora en ese aspecto, siempre cabe reconocer el valor de la RSC como instrumento precursor del derecho imperativo: la sensibilización de los actores económicos frente a los casos de corrupción, conculcación de derechos humanos y otros aspectos prepara el terreno a la asunción de criterios, reglas y conductas voluntarias más exigentes, que terminan por ser impuestos cuando son asumidos socialmente como mínimos.

Portland (OR), Hart Publishing, Oxford University Press, 37-68; en p. 38 aprecia cómo el Alto Tribunal australiano optó en el conocido caso *Maritime Union of Australia and Patrick Stevedores* por un análisis societario puro o cerrado de reglas corporativas de RSC -insularity or closure of corporate law-, resultante según la autora en una “reinención” de derechos ajenos al mundo societario –laborales, medioambientales, derechos humanos- como derechos corporativos o de empresa. La cuestión clave era dilucidar si la doctrina societaria debía o no ser permeable a la realidad social externa a la empresa; pese a la posición afirmativa del tribunal federal *a quo*, la High Court of Australia se decantó por un *insularity approach* que perjudicó a 1.400 afectados por la reestructuración y regulación de empleo de la sociedad insolvente demandada. El enfoque “contractualista” impedía en este caso interpretar las normas internas de RSC sobre contratación de empleados conforme al derecho laboral australiano, aplicando en cambio el interés social (accionarial) como prevalente.

COLOQUIO

RSC BUENA Y MALA: EXTERNALIDADES Y COSTES

José María de la Cuesta

Fernando Sánchez-Calero

Jesús Alfaro

Javier Ibáñez

José María de la Cuesta:

Lo único que me pregunto de nuevo es lo que me preguntaba al principio: ¿Qué significación tiene para la sociedad anónima y para la sociedad en general hablar de la responsabilidad social buena o de la mala? Para responder a esto habrá que preguntarse primero quién determina en concreto lo que es bueno, lo que es malo o lo que es intermedio. Lo acabará estableciendo el ministro de turno, y lo hará seguramente mediante invocación del interés general y a través de subvenciones o ayudas, desfigurando lo que es lo propio del funcionamiento del mercado. Naturalmente que los empresarios tenemos que cumplir las leyes, porque de lo contrario, nos multan o nos llevan -o deberían llevarnos- a la cárcel. Pero esa legalidad que hay que cumplir no es nada diferente a la legalidad que tiene que cumplir cualquiera de los otros agentes del mercado: por ejemplo un consumidor, un trabajador de Inditex o un proveedor de Telefónica.

A estas alturas ya no podemos confiar inocente y ciegamente que la ley es aprobada como algo general y objetivo que consigue el bien común. Lo que debemos preguntarnos es si no se está creando el caldo de cultivo que dará ocasión a la captura del regulador, a la generalización de las corrupciones. Nada digamos, además, si eso se conjuga con la participación en el mercado de “expertos independientes” que tienen que auditar.

¿La responsabilidad social corporativa y forma parte del Derecho de Sociedades? ¿Esta responsabilidad y sus materias y cuestiones relacionadas tienen que incumbir a los socios de una sociedad? Mi respuesta sigue siendo no. Es cierto que hay deberes de conducta que hacen bueno al hombre – que sería la RSC buena –; pero eso ya sabemos que existe desde que Moisés bajó las doce tablas del Monte Sinaí, y no es eso de lo que debemos hablar cuando se tratan las cuestiones del derecho societario. Si de lo que se trata es de ser bueno, naturalmente estamos de acuerdo; pero lograr eso tiene otro trámite que no pasa por el Derecho de Sociedades. ¿Cómo va a negar alguien que se hagan actos pertenecientes o conformes a la Responsabilidad Social? Claro que no. Pero el problema es justo este: como nadie puede negar sus principios, para la empresa que dice seguirlos son relaciones públicas, cosmética: pero no Derecho de Sociedades. Tenemos que intentar, pues, no confundir ambas esferas.

Jesús Alfaro:

En relación con lo que ha dicho el profesor Ibáñez sobre la Ley de Extremadura, el planteamiento, muy interesante, es que mientras no tengamos un cálculo coste – beneficio de la aplicación concreta de estas medidas no debemos entrar a valorarlas. El problema es el mismo de siempre, como en el caso de los diez puntos del pacto global de Naciones Unidas: no tienen contenido tangible alguno. Se limita el pacto a plasmar ideas generales que ya están ampliamente recogidas en las normas fundamentales de los ordenamientos jurídicos modernos.

Todas las obligaciones que tiene que cumplir una compañía están en alguna norma; a menudo solo en forma de principios, que son el futuro de nuestra legislación (i.e. prohibición de cárteles o de abuso de posición de dominio), pero están recogidas al fin y al cabo. ¿Qué quiero decir con eso? Tomando como ejemplo la Ley de Extremadura, un análisis cualitativo de la misma podría demostrar que su aplicación es un desastre. ¿Para qué sirve entonces este tipo de normas? Por ejemplo, para decir “si usted no cumple las normas laborales no puede contratar con la Administración”; esto es, sirven para dar una ventaja a los *incumbents*, dado que las empresas de esa zona serán las únicas que tengan conocimiento de esa ley; y además, para conseguir que las demás empresas

tengan que incurrir en costes adicionales para adquirir ese certificado de cumplimiento de las normas laborales, aunque al final sólo algunas de ellas vayan a poder conseguir un beneficio. Toda esta basura legislativa es muy contraproducente, porque su producción genera costes y porque a menudo distorsiona el funcionamiento correcto del mercado, favorece la corrupción y promueve el *rent seeking*. No hay nada gratis, por lo que si no estamos muy seguros de que un acto va a crear valor, es mejor no hacerlo; eso es lo que debe hacer un administrador que quiera cumplir con sus deberes fiduciarios.

Sin embargo hemos de señalar que, en materia de cumplimiento normativo, no estamos ante un deber fiduciario, sino ante el deber de diligencia de cumplir con las normas y los contratos que vinculan a la sociedad. Desde este punto de vista, analicemos un ejemplo. ¿En qué se traduce construir buenas viviendas para los empleados? Puede ser una forma de cumplir de buena fe el contrato de trabajo de los empleados (los trabajadores aceptan salarios más bajos, porque hay muchas prestaciones sociales). Lo que habría que juzgar es lo que pasaría si la empresa rompiese de repente con esa política, y además plantearnos por qué decidió la empresa construir casas para los empleados en un primer momento.

Juan Sánchez-Calero:

Hay que tener mucho cuidado con la responsabilidad social, dado que hay una deslegitimación implícita de lo que no es “social”, frente a lo que sí lo es. Por ejemplo, en el programa de Gobierno de Pedro Sánchez, hay una cláusula que reserva parte de la contratación pública para “empresas sociales”, y otras muchas disposiciones similares que abusan de este concepto.

No aceptemos de entrada la deslegitimación de lo que es importante. Lo social es que una empresa tenga 130.000 empleados. Cuando se dice que se cierra una planta en Coslada, porque se abre en China o en Marruecos, ¿dónde tienen sus intereses los trabajadores chinos o marroquíes?

En el mismo sentido, las referencias del Código de Buen Gobierno a los accionistas a largo plazo están muy bien, pero ¿qué pasa con los accionistas a corto plazo? ¿No son merecedores de tutela? Todo es matizable, pero lo

importante es que en el Derecho tengamos una cierta seriedad al abordar estos problemas; y toda esta legislación confunde el verdadero problema.

José María de la Cuesta:

Cuando oigo hablar de social, echo mano a la cartera (tomando la frase de un célebre militar).

Jesús Alfaro:

Cuando hablamos de empresas sociales no sabemos muy bien lo que se quiere decir. Lo que sí que tiene un significado, es ¿quién es el titular residual? Si tú quieres maximizar el interés de los clientes, tienes que hacer una mutua. Si es el interés de los trabajadores, tienes que hacer una cooperativa, y en el caso de que sea el interés de los proveedores el que quieras maximizar tendrás que hacer una central de ventas.

De esto se desprende que el Derecho ofrece formas societarias distintas según cuál sea el interés que ha de maximizarse. En consecuencia, yo no quiero que lo que pase es que si monto una Sociedad Anónima, que es una Sociedad de Capital, en la cual el residuo es el capital, y por ende, lo que ha de maximizarse, que me digan que comparta el residuo con los clientes, dado que ya será el mercado el encargado de que no me compren si el producto que ofrezco no es adecuado.

Javier Ibáñez:

Otra cosa, naturalmente, es que los socios quieran transferir residuos, o bien otros rendimientos o rentas, y lo plasmen estatutariamente o en normas de responsabilidad social, o incluso en pactos no escritos, a los que deben igualmente atenerse.

Por cierto, conviene recordar la reciente aprobación en octubre de una Ley, la 43/2015, llamada del Tercer Sector de Acción Social, que define a los entes sociales –empresas o no- como aquellos sin ánimo de lucro –es decir, cuyos fundadores o promotores son altruistas- regidos por principios de orientación social, y en concreto por el de acción voluntaria ciudadana orientada hacia la cohesión social.

José María de la Cuesta:

Es tan compleja la realidad, que hoy en día es muy difícil que el derecho pueda acudir con normas especiales a resolver problemas concretos que plantea cualquier situación nueva. En ese sentido, el Derecho se debe mantener en planos de bastante generalidad, y sobre todo no dar por buena cualquier patraña que te quieren imponer de hecho por medio de términos abstractos o imprecisos como el de “social”.

Juan Sánchez-Calero:

Recuerdo ahora el Caso Volkswagen: los administradores y directivos de esa compañía han llevado a cabo una práctica antisocial que ha dañado a decenas de miles de clientes, pero que sobre todo ha dañado la imagen de marca, y por tanto a los accionistas.

Jesús Alfaro:

Es un claro caso de incumplimiento normativo, porque los clientes tampoco han sido tan dañados, ni siquiera el propio medio ambiente. Se ha demostrado que el Consejero Delegado tenía un informe en su mesa que probaba que tenía conocimiento de lo que se estaba haciendo.

Ha fallado el cumplimiento normativo, porque la sociedad no estaba organizada de una manera que asegurase el cumplimiento de las normas, que básicamente implica que cuando empiecen a incumplirse las normas, existan mecanismos de transmisión de información que consigan que se enteren los de arriba. Esto es lo que pasa en los partidos políticos, que tienen un diseño normativo corrupto.

¿El coste que ha tenido? La sanción que le van a imponer a Volkswagen, que compensará, en abstracto, todas las veces que se ha hecho lo mismo, pero de las cuales no se han percatado en general los funcionarios, las Administraciones Públicas.

Hay que asegurarse desde luego de que las organizaciones son íntegras, que sus gestores funcionan conforme a las reglas del ordenamiento, y dejarse de “pensar en pajaritos”.

Juan Sánchez-Calero

Pero, ¿hay sectores en los que se puede ser una compañía íntegra?; y por otro lado, ¿esa integridad supondría otorgar una ventaja competitiva desmedida a los competidores?

Javier Ibáñez

Yo considero que en las empresas se debe y se puede llegar a la integridad de comportamiento –responsabilidad social incluida- y a un alto nivel de

cumplimiento normativo en sentido amplio; y que cada vez más empresas lo intentan, y muchas lo logran o lo van logrando.

Pero el principal obstáculo sigue siendo, sobre todo en cotizadas, la presencia de numerosos conflictos de intereses difíciles de detectar, el lobbying político y las puertas giratorias, aún sin regular en España...

Jesús Alfaro

Claro, puedes elevar el listón de cumplimiento; no puedes ser perfecto, pero puedes elevarlo. A medio plazo, empiezas a generar incentivos para denunciar, y saldrás ganando. Cuando tienes ya un nivel mínimo de cumplimiento visible por la sociedad, es fácil ir elevando este nivel mínimo.

ANEXO

RESEÑA DEL SEMINARIO DE LA CÁTEDRA

DERECHO DE SOCIEDADES Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

Madrid, 15 de febrero de 2016

Aula García Polavieja (planta baja, ala oeste) de ICADE. Universidad Pontificia Comillas (Alberto Aguilera 23, Madrid)

Directores:

Mónica Martín de Vidales (Socio de Garrigues)

Javier Ibáñez Jiménez (Profesor Propio de Comillas)

1. CONTENIDO

A) Creación y difusión de conocimiento sobre las relaciones entre responsabilidad social corporativa o de la empresa (RSC / RSE), en el presente contexto de la crisis económica mundial y de la adaptación progresiva de las empresas al paradigma de la responsabilidad social difundido en los mercados y crecientemente aceptado por consumidores, trabajadores, clientes y proveedores de las empresas, y en última instancia por las Administraciones Públicas, gobiernos y legislador (ad ex., Ley 15/2010 de RSE en Extremadura).

B) Examen del estado de la cuestión en España en materia de relaciones entre derecho societario, responsabilidad social corporativa, sistemas de gobierno y de aplicación de reglas societarias, y concepción del interés social

C) Análisis del proceso de incorporación de la RSE a los últimos avances del derecho societario vigente y a las propuestas para su modernización

D) Exposición de casos de empresa y costes asociados a la cumplimentación de informes y autorregulación en materia de RSE / RSC, desde una perspectiva de eficiencia

2. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN RELACIONADAS

Derecho de las sociedades de capital, análisis económico del derecho de sociedades, teoría de la responsabilidad social corporativa, contratación mercantil, teoría de la autorregulación, sistemas y prácticas de gobierno corporativo.

3. TRANSFERENCIA DE RESULTADOS

Las actas de la jornada se publicarán la colección Cuadernos monográficos de la Cátedra Garrigues (Número 6).

4. PROGRAMA

14:50 h.

Presentación

D. ÍÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Decano de la Facultad de Derecho-ICA Universidad Pontificia Comillas

15:00 h.

Interrogantes actuales sobre la RSE, en materia de derecho de sociedades, y vías de respuesta

D. JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE

Catedrático de Derecho Mercantil (emérito). UCM

15.20 h

Interés social, “tercera vía” y RSC: últimos avances

D. JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE

Catedrático de Derecho Mercantil. UCM

15.40 h

La RSC desde la perspectiva del gobierno corporativo

D. JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL

Catedrático de Derecho mercantil. UAM

16:00 h Coloquio: RSC buena y mala: externalidades y costes

Presentación:

D. JAVIER IBÁÑEZ JIMÉNEZ

Codirector de la Cátedra Garrigues

Intervendrán *ad libitum* los ponentes (Profs. DE LA CUESTA, SÁNCHEZ-CALERO y ALFARO)

16.30 Clausura a cargo de los Codirectores de la Cátedra