

La Sostenibilidad Empresarial como posible nuevo paradigma del Interés Social y de los Deberes de los Administradores

Marcelo Barreiro¹

Palabras claves: *Responsabilidad Social Empresaria (RSA) - Sostenibilidad*

1. Introducción: El Reseteo del Capitalismo:

El siglo XXI ha marcado un punto de inflexión en la concepción del propósito empresarial. La antigua máxima de que "la única responsabilidad social de las empresas es incrementar las ganancias para distribuir entre sus accionistas"² ha sido desafiada por una creciente conciencia de que las sociedades ya no pueden tener solo la búsqueda del lucro como objeto.³

Este cambio ha llevado a una **ampliación de los valores que integran la agenda empresarial** generando lo que se conoce como Responsabilidad Social Empresaria (RSA). Y que ha derivado hoy día en el concepto de **sostenibilidad empresarial**, que se asume como un criterio más amplio.⁴

Este "reseteo" del capitalismo implica un cambio en los patrones de crecimiento hacia un **modelo económico con visión social**, donde -como principio- no se puede "hacer cualquier cosa para ganar dinero".⁵

Inicialmente, la Responsabilidad Social Empresaria (RSA) tuvo una génesis voluntaria en el marco de una impronta ética.⁶ Sin embargo, la sostenibilidad empresarial ha trascendido este modelo convencional para convertirse en una norma aplicable en diversas legislaciones (empezando a salir del soft law).

Así, en España, la sostenibilidad empresarial se ha integrado explícitamente en el "interés social" como noción genérica para las sociedades cotizadas.⁷ En el Reino Unido (Companies Act) también se establece expresamente que el interés social debe ampliarse para integrar estos conceptos.

Las directivas de la Unión Europea (la 2014/95 y la Directiva UE 2022/2464), han impulsado a la **información no financiera** (ahora renombrada como "información sobre sostenibilidad") como un parte de un informe obligatorio, aunque aún no se establecen sanciones ante el incumplimiento de ello. Estas directivas buscan medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto social para una transición hacia una economía mundial sostenible.

Esta última Directiva, aplicable desde el 1.1.2024, amplía el elenco de sujetos alcanzados por esta obligación a todas las grandes empresas y a todas las empresas que cotizan en mercados regulados, incluyendo PYMES cotizadas y empresas no europeas con cierto volumen de negocios en la UE.

¹

² Milton Friedman, "The social responsibility of business is to increase its profits", in Des Jardin, J. R. and J. MC Cal, Contemporary issues in business ethics, Wadsworth, Belmont, California, 2000.

³ Antiguamente algunos de estos valores eran puestos en práctica por la empresas mediante políticas de caridad, filantropía o mecenazgo.

⁴ Originalmente la RSA atendía casi exclusivamente el fenómeno medioambiental.

⁵ La agenda 2030 de la ONU, con sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), es un claro ejemplo de ello.

⁶ Unión Europea, en su Libro Verde (2001) señala: "Es la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores", destacando aquella condición voluntaria.

⁷ El Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, en su Recomendación 12.^a, establece que el interés social debe guiarse por la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, conciliando este interés con los legítimos intereses de los empleados, proveedores, clientes y otros grupos de interés (stakeholders), así como el impacto en la comunidad y el medio ambiente. Ver, entre otras, EMBID IRUJO, J.M./VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, 2016.

Los valores que conforman este nuevo paradigma⁸ atienden a las medidas que adopta una empresa para reducir su impacto ambiental, contribuir a un mundo más amable para la comunidad e implementar políticas justas, equitativas y responsables en su gestión. Estos incluyen desde la administración de recursos y prevención de la contaminación, hasta la promoción de la salud y seguridad, el respeto a los derechos humanos, la no discriminación e implementación de políticas de género, así como el incremento de la diversidad en el directorio y la transparencia en la gestión financiera.

En definitiva es un variopinto elenco de medidas y conductas que la sociedad debe asumir frente al medio ambiente, a sus empleados, a sus proveedores, a sus clientes y al colectivo social que integra. Así, Carroll⁹ ha expresado que la responsabilidad social de la empresa abarca las expectativas económicas, legales, éticas y discrecionales de la sociedad, en un momento determinado de tiempo.

2. El Debate y el Impacto en los Deberes de los Administradores:

La integración de la sostenibilidad al mundo del derecho empresario ha generado un **debate fundamental** en la doctrina -jurídica y económica-:

Postura negativa: Una postura sostiene que el fin social es público, exclusiva responsabilidad de los Estados, y que cualquier asunción de intereses por parte de los administradores sociales, fuera de los *shareholders*, es una "deslealtad" para con el deber primordial de aquellos, aceptando las políticas de sostenibilidad solo como política voluntaria.¹⁰

En esta sintonía **puramente voluntaria**, las nuevas figuras societarias, como las Sociedades de Beneficio e Interés Común (SBIC)¹¹, son un ejemplo claro de cómo las entidades, aún con ánimo de lucro, pueden buscar -sí así lo deciden, y solo en tal caso- alcanzar objetivos económicos, sociales y ambientales, con un **control sobre el cumplimiento de dichos fines mediante la rendición de cuentas y la divulgación de información no financiera**.

Para esta postura no es deber de los actores privados la asunción del cumplimiento de estos bienes públicos como el sostenimiento del medio ambiente, u otras políticas públicas como el desarrollo local, la educación, el deporte, igualdad de géneros, etc. que deberán asumir sus costos sin poder beneficiarse de sus externalidades positivas. Volveremos sobre ella al plantear nuestra posición.

Postura admisiva: La postura contraria defiende que esta integración de valores es exigible a las empresas más allá del lucro, y que a la larga traerá beneficios para la sociedad (beneficios a largo plazo), constituyendo entonces una reconfiguración del interés social así como de una ampliación del **deber de lealtad de los administradores**. En esta consideración, se entiende que existen una serie de valores **para económicos** a los que la sociedad debe adscribir, y que ellos a la larga traerán una clara mejora económica en el desarrollo empresario, atendiendo -y presumiendo- la existencia de un consumidor que está mutando, y que sus decisiones de consumo no solo las adopta desde un puro costado económico. A ese valor reputacional (en el que se fija el consumidor no comportándose solamente con racionalidad económica) es el que le apunta este modelo.

Para quienes sostienen esta posición, es indudable que la sostenibilidad empresarial no es una opción, sino una **necesidad ineludible y un imperativo legal y ético** que redefine el propósito y la gestión empresarial en el siglo XXI. La integración de los factores ESG en el "interés social" de la empresa y en los deberes de los administradores sería entonces una realidad que se consolida a

⁸ Los principios ESG.

⁹ A. J., Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct of business and society, 1999.

¹⁰ PAZ-ARES, Candido, «Principio de eficiencia y derecho privado», en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, volumen 3, 1995, págs. 2843-2900.

¹¹ Que en España son creadas por la Ley Crea y Crece, o que también encontramos en las compañías CIC en Reino Unido o las benefit corp en EEUU.

través de la normativa internacional y nacional. Aunque el camino hacia una gobernanza empresarial sostenible presenta desafíos y debates sobre la asignación de costos y beneficios, así como la discrecionalidad de los administradores, la creación de valor a largo plazo y la legitimación ética,

social y política que estas políticas generan, son -en este criterio- beneficios innegables para la empresa y la sociedad en su conjunto.¹²

Se produciría con ello, un **cambio de paradigma fundamental** que redefine los conceptos tradicionales del Derecho Societario.

Quienes sostienen esta teoría entienden que la noción de "interés social" ha evolucionado desde la mera suma de los intereses de los accionistas hacia una concepción más amplia, que debe considerar "el valor e interés de los terceros vinculados a la empresa".¹³ Ahora, se entiende como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico, procurando **conciliarlo con los legítimos intereses de los empleados, proveedores, clientes, otros grupos de interés y el impacto en la comunidad y el medio ambiente**.¹⁴

Así, Sala Mercado¹⁵ sostiene que "la causa fin de la sociedad necesariamente va más allá del simple ánimo de lucro como resultado, pues se pretende que la actividad empresarial sea también afín con la responsabilidad social empresarial, lo que implica que también debe observarse: el cuidado del medio ambiente, los derechos humanos, la función social...los objetivos compatibles con la agenda 2030 de la ONU para el desarrollo sostenibles..., igualdad de género, trabajo decente y crecimiento económico...".

A consecuencia de ello y en una reinterpretación evolutiva del concepto de sociedad a la que apunta el autor, parecería que los administradores, en su rol de "buen hombre de, deben observar no solo la rentabilidad económica, sino también el **cuidado del medio ambiente, los derechos humanos y la función social**. La evolución del concepto de sociedad exige una "reinterpretación evolutiva" de sus elementos, lo que ampliaría la esfera de sus deberes más allá de la mera maximización de ganancias. Este autor entiende que la "viabilidad social" se suma a la viabilidad económica como una condición para la continuidad de la sociedad.

En ese sentido, el cumplimiento de los principios de sostenibilidad podría entonces **generar responsabilidad para los administradores** si se entiende que la relación con los *stakeholders* integra el "interés social" y el deber de lealtad.

3.- Nuestra posición:

De lo hasta aquí expuesto, surge un debate crucial: si la asunción por parte de los administradores sociales de intereses más allá de los *shareholders* es una "deslealtad" para con su deber primordial o si, por el contrario, esta integración de valores es exigible a las empresas más allá del lucro y, a la larga, trae beneficios para todos, constituyendo parte del **deber de lealtad exigible**.

Y, en ese caso ¿Cómo toma la decisión el administrador cuando existe una crisis entre el interés social tradicional y esta nueva aportación? Además, se plantea si la adopción de estas políticas se convierte en un deber impuesto que reduce la discrecionalidad de los administradores y si sus beneficios a largo plazo justifican los costos de implementación? ¹⁶

¹² Generando un "círculo virtuoso".

¹³ Mercado Sala, Jose P., RCCyCD, Sociedades, doctrina, año X, nro. 3, pag. 233, junio 20 Sala Mercado, obra citada.

¹⁴ Esta ampliación del interés social es explícitamente reconocida en legislaciones como el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas en España y el *Companies Act* en el Reino Unido.

¹⁵ Jose P., RCCyCD, Sociedades, doctrina, año X, nro. 3, pag. 233, junio 20

¹⁶ Parece que ello podría interpretarse así en la aplicación de las directivas europeas referidas traspuestas en la legislación interna de los países (ej. España).

En nuestro criterio, no existe posibilidad de entender que ha sucedido una modificación sustantiva del concepto de interés social (incorporando a los *stake holders* como parte del mismo), ni la aparición de nuevos y más amplios deberes de los administradores -dentro del deber de lealtad- hacia sujetos que no sean la propia sociedad y los socios de la misma. Ello salvo que se hubiera adoptado este modelo voluntariamente.

No existe tampoco, en nuestro criterio, la posibilidad de entender que ello pueda derivarse o aplicarse coercitivamente por la mera adhesión de nuestro país a algún tratado internacional (ej. París con su agenda 2030), y que este sea directamente exigible en su cumplimiento por parte de los entes

jurídicos privados, cuando es clara e indisputablemente una obligación asumida por el Estado. En un tratado internacional, el obligado al cumplimiento es el Estado, no los particulares directamente, siendo aquellos los que asumen la responsabilidad de implementar las disposiciones del tratado a nivel interno, a través de su legislación y políticas.

No puede considerarse que exista un deber fiduciario o de agencia de los administradores para esos terceros dentro del marco de la ley societaria y de nuestro sistema legal (y más allá de la clara obligación que todo sujeto de obedecer y cumplir las leyes de nuestro país).

Seguimos considerando que es el Estado quien debe ser el sujeto activo de las políticas públicas, y que los privados colaboran con ellos a través del pago de los impuestos que deberán ser responsablemente asignados para cumplir con la finalidad estatal.

Asimismo cabe preguntarse si en un país como la Argentina, donde el 95 % del entramado productivo está representado por pymes, la mayoría de ellas familiares, con estructuras modestas y sujetas a los vaivenes habituales de nuestras crisis, puede entenderse realmente que los beneficios que estas políticas pueden generar en el largo plazo emparejan los costos que su implementación devengará.¹⁷

El pago de impuestos es el principal instrumento de asignación de recursos de los Estados. Si por el contrario entendemos que existe una obligación a cargo de las empresas y un deber por parte de los administradores: ¿Las empresas deben internalizar los costos cuando no pueden incorporar todos los beneficios – externalidades positivas – como sí lo haría el Estado?

Resulta racional y eficiente en nuestro sistema:

- a. ¿sustituir la voluntad social del sujeto Empresa en la gestión imponiéndole una agenda no propia?
- b. ¿Reducir la discrecionalidad de los administradores imponiéndole decisiones que imponen costos que no necesariamente podrán enjugarse con beneficios en un lapso relativamente cercano?
- c. En esa hipótesis ¿Cómo toma la decisión el administrador cuando existe una crisis entre el interés social tradicional al que debe reportar en su toma de decisiones y esta nueva aportación?

Creemos que no puede imponerse un cambio en la concepción del interés social que los administradores deben atender, ni modificar los deberes que la ley le ha impuesto, ni aquellos en beneficio de los cuales lo ha impuesto a caballo de la agenda de la sostenibilidad.

Como refiere Sala Mercado¹⁸ “interés social, en su "indeterminación", permite abarcar diversas situaciones, lo que dota de **flexibilidad al administrador para conciliar estos intereses ampliados**. La viabilidad económica y social de la sociedad" se presenta como una condición de su continuidad, lo que guía la toma de decisiones hacia un equilibrio entre ambos aspectos”. Lo que este magnífico autor ve como una virtud, nosotros lo vemos como una clara complicación para el adecuado desarrollo del entramado societario en los casos en los que la sociedad no ha optado por atender la agenda de sostenibilidad en dicho grado. Esa flexibilidad permitiría al administrador dejar de lado sus deberes básicos y esenciales para con la sociedad y sus socios en aras de una agenda, *a priori*, ajena.

¹⁷ Así puede verse como la hipotética idea de que los consumidores se orientaran a consumir masivamente productos de sociedades que adhieran a esta idea, cuando en las habituales crisis económicas (como la actual) la orientación del consumo se dirige a las segundas, terceras y cuartas marcas. ¹⁸ Obra citada.

Creemos que como sostiene Peinado¹⁸, que “Toda disposición de recursos de la sociedad para dirigirlos hacia acciones de Responsabilidad Social de la Empresa es escrutable o valorable desde la perspectiva del deber de lealtad de los administradores. La desviación de recursos societarios hacia ámbitos de interés de los administradores no dejaba de poder ser calificada como un comportamiento desleal de éstos”. En este camino se recorta indiscutiblemente la discrecionalidad de

los administradores en el ponderado ejercicio de su poder así como se hace participe a la sociedad de cumplir con políticas públicas que son responsabilidad del Estado.

Dicho autor continua diciendo: “No obstante, esta idea, el vínculo entre la consecución de los objetivos de la sociedad y la acción de la gestión de la llamada Responsabilidad Social Corporativa se ha aceptado un tanto acríticamente y sin una adecuada ponderación entre sujetos receptores de tal acción y los retornos beneficiosos para la propia compañía. Antes al contrario, creemos que cabe incluso dudar que un gasto relevante en Responsabilidad Social Corporativa no pueda ser valorado como una pérdida de recursos para la Empresa”.¹⁹ Hay aquí para Peinado una clara aplicación del denominado teorema de Thomas («si los individuos perciben las situaciones como reales, son reales en sus consecuencias»), al entender que la aplicación de esta tesis hará que en el largo plazo todos (la sociedades, los estados y los individuos estaremos mejor).

Y así, coincidimos con Peinado en que: “..., introducir políticas de Responsabilidad Social Corporativa con carácter imperativo y aún más políticas vinculantes de relaciones con stakeholders es un error que genera incertidumbres en el ámbito de la diligencia empresarial al tiempo que cercena la discrecionalidad de los administradores sociales, sin que todo ello se base en evidencias empíricas de mejora”.

Y no vemos como posible considerar que los deberes de los administradores derivados directamente del entramado societario posean como legitimados a otros (los *stake holders*) que no sean la propia sociedad o sus socios.

Por lo demás, nos resulta difícil entender que en economías como la nuestra esa transformación del modelo económico permitirá que los beneficios a largo plazo que el modelo ESG puede traer (mayor valor de la empresa, mayor valor social por atender al bien común, mejor gestión de riesgos, etc.) resultaran tan beneficiosas como se presume. Nos cabe recordar aquí la famosa frase de Keynes “en el largo plazo, todos estaremos muertos”.²⁰

CONCLUSIÓN:

- Entendemos que no puede ni corresponde hacerse obligatoria para las sociedades en nuestro país la asunción de las políticas de sostenibilidad, y que ello no puede derivarse de la suscripción por parte de nuestro país de tratados de protección medioambiental o similares;
- que solo podrá considerarse que hay una modificación esencial del concepto aplicable de interés social, y una ampliación de los deberes de los administradores a los *stake holders*, en

¹⁸ Juan Ignacio, **BIB 2019\691, Publicación:** Revista de Derecho Mercantil num.311/2019 parte Estudios, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2019.

¹⁹ Transcribimos aquí la nota al pie nro. 35 de dicho trabajo, que ilustra lo referido: “A modo de ejemplo véase el trabajo de IZZO, M.F./ MAGNANELLI, B.S., *Does It Pay or Does Firm Pay? The Relation between CSR Performance and the Cost of Debt*, post el 6 de enero de 2012, disponible en:SSRN: o .Este trabajo aborda la RSC desde la perspectiva de la incidencia del riesgo en el coste de la deuda de las empresas. Partiendo de la idea, casi obvia, de que a menor riesgo menor es ese coste de la financiación, aborda la hipótesis de cómo la RSC puede ser valorada como un reductor de riesgos y, consecuentemente, el llamado comportamiento ético de la empresa sería percibido por el mercado como un factor de disminución de riesgos: un «premium ético financiero». El trabajo de las profesoras del LUISS investiga de forma empírica (332 empresas son el universo observado durante cinco años) la relación entre la RSC y el coste de deuda. El trabajo parece concluir que la RSC es más valorada como un desperdicio de recursos que puede afectar negativamente al rendimiento de la empresa. Véase también en este trabajo un repaso de la literatura científica anterior sobre los vínculos entre RSC y coste de deuda”.

²⁰ John Maynard, "Breve tratado sobre la reforma monetaria", publicada en 1923.

sintonía con los principios ESF en caso de que exista una **asunción voluntaria** de los mismos por parte de la sociedad.
