

“La inadecuada respuesta de las teorías institucionalistas sobre el interés social”.

Lorena R. Schneider¹

1. El interés social: concepto jurídico indeterminado:

Cualquiera sea el tema que pretenda abordarse desde la óptica societaria, podría afirmarse —sin vacilaciones—, que implica repasar, una vez más, las nociones pendulares y, por tanto, contrapuestas sobre la aún sombría y huidiza noción del interés social. En la búsqueda de su “determinación” ha sido conceptualizado de diferentes maneras, habiendo al menos coincidencia en sostener que se trata del *interés común de todos los socios* en su calidad de tales. Frente a ello surge preguntarse ¿es verdaderamente necesario contar con una noción única y precisa del interés social?

Como punto de partida debe decirse que *el Derecho es indeterminado*², cuando las cuestiones del derecho o, de hechos, no tienen una “única” respuesta correcta. Solo entonces hay indeterminación jurídica. Dworkin³ afirmaba que el derecho no es totalmente explícito, en el sentido de que no existe una “respuesta” jurídica establecida legalmente y, así, manifestaba que se trata de casos difíciles (*hard cases*), en clara oposición a la tendencia positivista de su antecesor Hart. La diferencia teórica entre conceptos determinados e indeterminados no es cualitativa sino cuantitativa y aun respondiendo a dos modos legislativos diferentes, “cualitativamente en su estructura jurídica y en el valor vinculante del mandato normativo contenido en ellos, son de valor equivalente”⁴.

La indeterminación jurídica es sin dudas una cuestión de “*indeterminación semántica o vaguedad*”⁵. Kelsen⁵ indica que, en un caso indeterminado, por una palabra imprecisa o una frase expresada en la norma que el sentido gramatical de la norma no es unívoco, es decir, que el sentido gramatical genera varios significados o permite arribar a conclusiones diversas.

Pues bien, en lo que hace al interés social puede sostenerse firmemente la idea de que es precisamente esa indeterminación la que permite abarcar dentro de un marco *flexible*, diversas otras situaciones que pueden presentarse en el seno societario. De tal manera -pese a haber sostenido durante muchos años acerca de la necesidad de acordar una noción precisa del interés social-, entiendo que se trata de un *concepto jurídico indeterminado* y, aún más, *necesariamente indeterminado*-, que se emplea en una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho. Ello indica que estamos ante un término jurídico *abierto* que ha de ser precisado en los actos de aplicación, es decir, en cada caso en particular. Lo mismo ocurre con nociones tales como la buena fe, el orden público, el abuso del derecho, entre otras, que no admiten determinación precisa, sino que, por el contrario, solo admitirán soluciones en el caso concreto. En este contexto, este concepto jurídico indeterminado del interés social podría convertirse en un *standard jurídico*.

¹ Dr en Derecho / Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires

² ENDICOTT, T. A., “*La vaguedad en el derecho*”, ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 34 y 35 (traducido por J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez).

³ DWORKIN, R., “*Los derechos en serio*” (Taking Rights Seriously), ed. Ariel derecho, 1º edición, Barcelona (traducido por Marta Guastavino), p. 81 y s.s.

⁴ SAINZ MORENO, F., “*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*”, ed. Civitas, Madrid, 1976, p. 237. ⁵ MORESO, J., “*La indeterminación en el derecho y la interpretación de la Constitución*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 89.

⁵ KELSEN, H., “*Teoría pura del derecho*”, ed. Colofón, Mexico, 1994, p. 58 y 59.

Aceptar que estamos frente a un concepto jurídico de carácter indeterminado requiere abordar un estudio más profundo del tema. En tal sentido, la noción del concepto jurídico indeterminado

encuentra sus raíces en la doctrina alemana (*Unbestimmte Rechtsbegriffe*)⁶, logra penetrar más profundamente que la técnica francesa (de la *calificación - apreciación de los hechos*) en el vago terreno de la discrecionalidad clásica, con objeto de determinar con mayor precisión lo que es auténtica discrecionalidad y lo que no lo es⁷.

Esta teoría tuvo por fin la reducción de la discrecionalidad desde la perspectiva jurisdiccional. Para esta doctrina, con ocasión de la aplicación de algunos conceptos normativos indeterminados, los tribunales debían reconocer un “cierto margen de apreciación” (*Beurteilungsspielraum*)⁸. Si bien este margen de apreciación variaba de un autor a otro, coincidían en distinguirlo como algo estructuralmente distinto a la discrecionalidad. Dietrich Jesch consideraba que un concepto jurídico indeterminado es siempre discrecional e incluso se reconoce un margen de apreciación, *una cuestión de interpretación jurídica*⁹.

El posicionamiento que ha venido siendo mayoritario defiende la tesis según la cual la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados por una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones posibles aquella que en cada caso se considera conveniente u oportuna; esta tesis, por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de indeterminación, no admite, si la norma no dispone otra cosa, más que una sola solución correcta y que, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa¹⁰.

Así las cosas, cabe preguntarse, además, ¿la incertidumbre sobre su contenido puede calificarse como un efecto negativo? La respuesta no puede ser otra que en sentido contrario. La incertidumbre en su noción no hará perder la *eficacia* de la norma jurídica que contenga la tutela de dicho interés, a la inversa, redundará en una aplicación a un mayor número de casos.

¿Cuál será entonces la relevancia de sostener que estamos ante un concepto jurídico indeterminado? En principio que mediante él se consigue que las normas que lo contengan sean *flexibles* y *duraderas*, precisamente por el carácter impreciso de su enunciado, sin dejar de señalar, a la vez, lo esencial de su ratio: la función del concepto indeterminado es expresar lo que el legislador intenta cuando ello puede darse de distintas maneras, algunas incluso desconocidas en el momento de sancionar la ley. Allí radica la razón por la cual el legislador se ha valido de esta noción, *intencionalmente imprecisa* e *indeterminada*, a tal punto de poderse considerar a esa indeterminación como una *virtud* de esta noción societaria.

En otras palabras, aceptar que se trata de un concepto jurídico indeterminado no supone que deba atenuarse su alcance o descalificarse su sentido por ser “no determinado”, sino que significará situarlo por fuera ámbito de la norma jurídica, que no siempre es precisa y determinada. El destinatario de la

⁶ JESCH, D., “*Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungs-rechtlicher Sicht*”, Rev. archiv des öffentlichen Rechts”, t. 82, 1957, p. 240 y s.s.

⁷ NIETO, A., “*Reduccion jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*”, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2115800.pdf>.

⁸ Margen de apreciación.

⁹ JESCH, D., “*Unbestimmter Rechtsbegriff...*”, cit., p. 191, 233 y 234.

¹⁰ SAINZ MORENO, F., “*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*”, ed. Civitas, Madrid, 1976, p. 192. ¹² SCHMIDT- SALZER, J., “*Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden Zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*”, Berlín, 1968, p. 236 (traducido por la autora del presente trabajo).

norma (sociedad, socios, administradores y hasta los terceros y el propio juez) es, por tanto, quien asume la tarea de precisarlo, es decir, que se remite al destinatario la misión de completar el mandato normativo.

Schmidt-Salzer¹² hace ver con razón, que lo que hace el legislador con el concepto indeterminado es renunciar a decidir jurídicamente a qué supuestos de realidad se aplica el concepto. De hecho, la indeterminación también evita problemas al Derecho porque coadyuva a su *continuidad* y le

proporciona la *estabilidad* que los sistemas jurídicos persiguen. Y, además, elude los inconvenientes que puede llegar a generar un constante cambio legislativo.

Hay, por tanto, una relación estrecha entre la indeterminación del lenguaje jurídico y la perdurabilidad del Derecho¹¹.

Pero, además, en el actual Derecho societario se ha resucitado en los últimos años el debate acerca de la necesidad de ir abriéndose a una concepción -si se quiere-, más institucionalista que albergue por una mayor amplitud de sus límites o, al menos por unos términos más difusos que permitan el juego de otros intereses socialmente relevantes (*stakeholders theory*), y ello se ha intentado articular a través de ideas como gestión responsable o la responsabilidad social corporativa o empresarial, como ocurre con la ley alemana, francesa e italiana. Allí, este segundo plano de grupos de interés que entran en contacto con la sociedad (terceros), quedan comprendidos y deben ser igualmente protegidos.

En este orden de ideas, resulta imprescindible cobijar mayor amplitud de los límites del Derecho societario en orden a tutelar derechos de otros grupos de intereses socialmente relevantes. No puede negarse, asimismo, que el interés social constituye la *esencia básica del conflicto societario y, más aun, de los conflictos de intereses*. Resulta imprescindible, por tanto, concebirlo con su *función de tutela -preventiva y preferente-*, a fin de evitar la aparición o propagación de dichos conflictos. Así definido, el interés social actuará como límite de la actuación discrecional de los grupos de poder en el ejercicio de los derechos reconocidos, cuando aquella se contraponga a sus intereses particulares y de terceros.

2. ¿Puede el interés social ampliarse a un sentido más institucional que comprenda stakeholders, decisiones de RSE, buena gobernanza y medio ambiente?

La ampliación del interés social, si bien responde a demandas de sostenibilidad y responsabilidad, también conlleva una serie de riesgos y desafíos que pueden afectar tanto la gobernanza corporativa como la operatividad de las empresas. Algunos de estos riesgos son:

a) *Complejidad en la toma de decisiones*: al integrar un mayor número de criterios —sociales, ambientales, éticos—, el proceso decisorio puede volverse más complejo y requerir evaluaciones multidimensionales, lo que podría ralentizar la respuesta ante cambios del mercado; b) *Ambigüedad y dificultad de medición*: al incluir criterios sociales, ambientales y de gobernanza que pueden ser subjetivos o difíciles de cuantificar, se incrementa la incertidumbre en la toma de decisiones. Esta ambigüedad puede generar conflictos en la interpretación y aplicación de estos criterios; c) *Conflicto de intereses entre stakeholders*: integrar un espectro más amplio de intereses puede provocar tensiones entre accionistas y otros grupos (empleados, comunidades, proveedores, etc.). La falta de claridad sobre cuál debe ser la prioridad en situaciones de conflicto puede diluir el enfoque estratégico y generar disputas internas; d) *Mayor exposición a litigios y control judicial*: al ampliarse la noción del

¹¹ HART, “El concepto de Derecho”, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998 (traducido por e G. R. Garrió), p. 26 y 77.

interés social, los directivos podrían enfrentar una revisión judicial más estricta si sus decisiones no parecen equilibrar adecuadamente los diversos intereses. Esto puede aumentar el riesgo de litigios y la presión sobre la *Business Judgment Rule*; e) *Incremento en la burocracia y costos de gestión*: la necesidad de implementar sistemas de seguimiento, medición y reporte de indicadores ESG y de impacto social puede incrementar la complejidad administrativa y los costos operativos, afectando la eficiencia y competitividad de la empresa; f) *Riesgo de influencia externa y politización*: la inclusión de criterios sociales abre la puerta a la influencia de grupos de presión, activistas o intereses políticos que podrían intentar moldear las decisiones empresariales en función de agendas externas, lo que podría desviar el foco de la estrategia corporativa.

3. **Los factores a tener en cuenta:**

Existe una *multiplicidad de factores* a considerar. En un modelo tradicional, los directivos evalúan principalmente aspectos financieros y estratégicos alineados con la rentabilidad y el crecimiento de la empresa. Con un interés social ampliado, deben considerar impactos sociales, ambientales y de gobernanza (ESG), lo que introduce nuevas variables en el análisis y puede generar contradicciones entre distintos objetivos.

Por demás, encontramos como se anticipó *conflictos de prioridades*. Los accionistas pueden presionar por maximizar dividendos en el corto plazo, mientras que empleados pueden exigir estabilidad laboral y beneficios sociales. Comunidades locales pueden oponerse a proyectos económicamente viables si afectan su entorno. Las decisiones que benefician la sostenibilidad ambiental pueden requerir inversiones costosas que comprometan la rentabilidad inmediata.

Además, de ello, existe *mayor necesidad de información y especialización*: la evaluación de impacto social o ambiental requiere información más detallada, lo que obliga a contar con expertos en áreas como sostenibilidad, ética empresarial y relaciones comunitarias. Esto incrementa la necesidad de contar con estudios, análisis de riesgos multidimensionales y modelos predictivos que integren diferentes variables.

En un mismo orden de ideas encontramos *riesgo de parálisis decisoria* (“*Parálisis por Análisis*”). Cuantas más variables y *stakeholders* deben ser considerados, mayor es el riesgo de que las decisiones se dilaten por falta de consenso o por temor a litigios. La incertidumbre sobre cómo balancear distintos intereses puede hacer que los directivos sean más cautelosos o eviten tomar decisiones estratégicas clave.

Por último, podrá darse *mayor intervención regulatoria y supervisión*. En algunos países, la ampliación del interés social ha derivado en regulaciones más estrictas sobre gobernanza corporativa, lo que puede limitar la autonomía de las empresas y hacer más rígido el proceso de toma de decisiones.

El cumplimiento de normativas ESG puede implicar auditorías adicionales y mayores exigencias de transparencia, aumentando la carga administrativa.

4. **Notas finales:**

El Derecho societario se encuentra frente a un gran desafío, su *aggiornamento* a los tiempos que corren. El tráfico mercantil requiere adaptar la realidad a nuevas tecnologías, que brindan celeridad, dinamismo y mayor seguridad jurídica. Tres son los elementos de los conflictos de intereses: el *interés particular del socio*, el *interés social* y la *relación de incompatibilidad* entre ambos.

La ampliación del interés social, aunque aporta una visión más integral y sostenible de la actividad empresarial, también introduce desafíos en términos de claridad, medición, gestión de conflictos y protección judicial, que deben ser cuidadosamente evaluados y gestionados para evitar impactos negativos en la operatividad y la gobernanza corporativa. Desde el punto de vista del AED la visión institucionalista resulta incompatible.

En consecuencia, afrontar que se trata de un *concepto jurídico indeterminado -necesariamente indeterminado-*, supone ensayar una nueva mirada sobre su huidiza noción. Frente a ello, es necesario afirmar que la indeterminación de esta noción obligará a definir su verdadero sentido y alcance, sólo una vez desatado el conflicto de intereses o el dilema que atravesase que ente social, es decir, en cada caso en particular. Solo así, quedarán fijados con nitidez los contornos del interés social y podrá ser entendido en sus justos términos. Ello redundará en alcanzar la tan anhelada seguridad jurídica, al otorgar al juzgador mayores y mejores elementos -que refuercen su tarea interpretativa-, para decidir el caso concreto que se le presente. Se evitará, además, la incertidumbre que provoca resolver entre normas abstractas, ambiguas o vagas, que den lugar a decisiones equívocas.

A la par de ello y, para así concluir, cabe destacar la importancia de la *Business Judgment Rule* que tiene la obligación de implementar un adecuado sistema de identificación y control de riesgos. Sin embargo, debe resaltarse, la necesidad de contar con una verdadera teoría de riesgos en materia societaria, teniendo especialmente en cuenta que el riesgo es una parte consustancial de la actividad mercantil y, por tanto, *no puede ser eliminado, pero si gestionado, anticipado y minimizado*.

BIBLIOGRAFIA:

1. DWORKIN, R., “*Los derechos en serio*” (Taking Rights Seriously), ed. Ariel derecho, 1ª edición, Barcelona (traducido por Marta Guastavino).
2. ENDICOTT, TIMOTHY, A., “*La vaguedad en el derecho*”, ed. Dykinson, Madrid, 2007 (traducido por J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez).
3. GARRIDO DE PALMA, VICTOR, M. – ARANGUREN URRIZA, FRANCISCO, J., “*Protocolos y pautas de actuación de los administradores: perspectiva notarial*”, en “*Régimen de los deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*”, (Cebria, Luis, H, - Coord.), ed. Bosch, Barcelona, 2015.
4. GINER, JESUS, “*Conflicto social (Teorías del)*”, Filósofo de Valencia España; Universidad Complutense de Madrid, 2009.
5. HART, “*El concepto de Derecho*”, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998 (traducido por e G. R. Garrió).
6. JESCH, DIETRICH, “*Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungs-rechtlicher Sicht*”, Rev. archiv des öffentlichen Rechts”, 1957.
7. KELSEN, HANS, “*Teoría pura del derecho*”, ed. Colofón, Mexico, 1994.
8. “*Constitución*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
9. NIETO, ALEJANDRO, “*Reduccion jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*”, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2115800.pdf>.
10. SAINZ MORENO, FERNANDO, “*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*”, ed. Civitas, Madrid, 1976.
11. SANCHEZ CALERO GUILARTE, JUAN, “*El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad cotizada*”, Revista de Derecho Mercantil nº 246, Universidad Complutense, Madrid, 2002.
12. SCHMIDT- SALZER, J., “*Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden Zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*”, Berlín, 1968. (traducido por la autora del presente trabajo).

13. SUAREZ ANZORENA CARLOS, “*La noción de conflicto societario*”, Ponencia presentada en el V Congreso Argentino de Derecho societario y I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, llevado a cabo en la ciudad de Huerta Grande, Córdoba, 1992, <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/3795/CDS05020279.pdf?sequence=1>, (última visualización 28/11/2017).
14. VIVANTE, CESARE, “*Tratado de derecho mercantil*”, versión española de la 1º edición, (traducido por Ricardo Espejo de Hinojosa), vol. I, II, y III, ed. Reus S.A., Madrid, 1932.