

EL PROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES BIC

Dante Cracogna

PONENCIA

La ponencia realiza un análisis crítico del proyecto de ley de creación de las sociedades BIC aprobado por la Cámara de Diputados en diciembre de 2018 y actualmente radicado en el Senado de la Nación. Inicialmente se hace referencia al marco teórico y sociológico en el que se plantea el tema y a su tratamiento en los EE.UU., donde las *B.Corporations* surgieron en la última década, y una somera referencia a la legislación comparada. El núcleo de la ponencia está centrado en el análisis de la regulación prevista para estas sociedades en el aludido proyecto, puntualizando sus principales disposiciones y señalando los aspectos que merecen crítica con el propósito de que su eventual sanción se realice con efectivas garantías de éxito, evitando la frustración de la iniciativa.



1. Supremacía del inversor vs. defensa de los *stakeholders*

Las teorías que sustentan el desarrollo de las sociedades en la actualidad se hallan fundamentalmente apoyadas en el análisis económico del derecho que considera a éste como un elemento para garantizar la eficiencia de la economía. En este caso, la eficiencia consiste en lograr el mayor valor para los inversores o accionistas; de tal suerte que la sociedad encuentra su razón de ser en facilitar que ellos obtengan el mayor aumento posible de su capital invertido. Esta tesis constituye el principio de la supremacía del accionista (*Shareholder Primacy*). En síntesis, en una economía de mercado las empresas organizadas como sociedades actúan guiadas por el afán de lucro en provecho de los inversores; las fallas del mercado han de ser atendidas por el Estado y, en último caso, por las organizaciones no lucrativas. No existen dudas acerca de que la prevalencia del interés del accionista o inversor ha sido el nervio motor a la vez que el postulado básico del derecho societario y, consecuentemente, del fenomenal progreso eco-

nómico de los EE.UU. ¹. Cuando se produjeron desviaciones como las denunciadas por Bearle y Means en la década de 1930, fueron motivo de severa crítica orientada a restaurar la vigencia irrestricta de aquel principio. Una prueba relativamente reciente del vigor del principio reside en la fuerza con que irrumpió la corriente de *Corporate Governance* ². Iniciada en Inglaterra con la aparición del Informe Cadbury, tuvo rápida expansión hacia otros países europeos pero alcanzó amplio desarrollo en los EE.UU. como consecuencia de los graves escándalos financieros de Enron, WorldCom y otros de la misma época que culminaron con la sanción de la Sarbanes-Oxley Act. El núcleo de esa corriente, posteriormente proyectada con alcance mundial, consiste, precisamente, en la protección de los intereses del accionista, asegurando su vigencia mediante mecanismos que limitan y condicionan la organización y el funcionamiento de las sociedades a fin orientarlos hacia ese objetivo ³.

En forma paralela a la teoría de *Shareholder Primacy* o *Shareholder Value* se desarrolló la *Stakeholder Theory*, traducida en la llamada Responsabilidad Social Empresaria (*Corporate Social Responsibility*) que reivindica la importancia de los otros interesados en la empresa, además de los accionistas o inversores. Surge así la consideración de los trabajadores, en primer lugar, y de los clientes, proveedores, acreedores, la comunidad local, la sociedad en general y el medio ambiente; todo ello enmarcado en una perspectiva del largo plazo que supera la atención del beneficio inmediato ⁴.

¹ Hace un siglo, la Corte Suprema de Michigan, en el famoso caso *Dodge vs. Ford*, expresó el núcleo de esta doctrina: “A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the non-distribution of profits among stockholders in order to devote them to other purposes.” (*Dodge v. Ford*, 170 N.W. 668, Mich. 1919).

² Cfr. Cracogna, Dante, “Perspectivas del gobierno corporativo”, *Revista Jurídica del Departamento de Derecho Económico*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, N° 1, 2007, p. 21 y ss.

³ Un amplio relevamiento realizado por Zavala Ortiz de la Torre, Iñigo, (“La pugna entre el *shareholder primacy model* y la *stakeholder theory* en la doctrina y práctica anglosajona. Estado de la cuestión”, *Deusto Estudios Cooperativos*, N° 2, Bilbao, 2013, p. 123-127) indica que en la inmensa mayoría de los casos, la *corporate governance* está orientada a proteger los intereses de los accionistas, es decir a la *shareholder primacy*, y en muy pocos tiene en consideración a los demás *stakeholders*.

⁴ Sin embargo, fuertes voces se alzaron contra la responsabilidad social empresaria reivindicando que la responsabilidad de la empresa consiste exclusivamente en aumentar las ganancias. Es antológica la afirmación de Milton Friedman: “The social responsibility of business is to increase its profits” (*The New York Times Magazine*, september 13, 1970).

Según esta corriente, que reconoce antecedentes en algunas concepciones anteriores acerca del llamado “interés social”⁵, la gestión empresarial supera el interés de los accionistas y se proyecta con un alcance mucho más amplio que abarca un universo que se proyecta como en círculos concéntricos a partir del interior de la empresa en la relación con los trabajadores hacia quienes mantienen relación –circunstancial o permanente– con ella y, por fin, hacia la sociedad en su conjunto, tanto en forma actual como futura. De tal suerte, la empresa adquiere un rol de verdadero interés público, aun cuando esta calificación no implique relación con el Estado, salvo en cuanto a la observancia de las leyes y, especialmente, el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

2. Las *B.Corporations*

El surgimiento y expansión de la *Stakeholder Theory* puso de manifiesto que en la sociedad americana también anidan otros valores distintos de los que inspiraron tradicionalmente, y de manera prácticamente hegemónica, las ideas y realizaciones en el campo de la actividad empresarial expresados en la teoría de la supremacía del accionista. Esos nuevos valores fueron penetrando en el ámbito de las empresas y de la doctrina de los autores quienes comenzaron a hablar del *Enlightened Shareholder* promoviendo una renovada visión de la empresa y de su misión en la sociedad.

A partir de la primera ley, sancionada por el Estado de Maryland en 2010, en pocos años más de treinta estados americanos adoptaron una ley de creación de estas sociedades, cuyos lineamientos son muy similares.⁶ Es notable que entre ellos se encuentra el Estado de Delaware cuya legislación en materia de sociedades es muy amplia y flexible, además de claramente favorable a la teoría de la *Shareholder Supremacy*.

Con la aparición de las *Benefit Corporations* el panorama societario estadounidense experimentó un cambio significativo. No se trata de una nueva clase

⁵ Roimisier, Mónica (*El interés social en la sociedad anónima actual*, Depalma, Buenos Aires, 1979, ps. 5-6) recuerda la concepción de Rathenau quien señalaba a los accionistas como peligrosos enemigos de la empresa y uno de los mayores obstáculos para el logro de sus fines.

⁶ Alcalde Silva, Jaime, “Observaciones a un nuevo proyecto de ley que regula a las empresas de beneficio e interés colectivo desde la experiencia comprada”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 33, Santiago de Chile, diciembre 2018, p. 390, con mención de <http://benefitcorp.net/policymakers/state-by-state-status> [fecha de consulta: 22 de septiembre de 2018].

o tipo de sociedad, sino de una calificación de las sociedades existentes, especialmente las *public corporations* o las *limited liability societies*.

La fuerza expansiva de esta nueva forma de concebir los negocios realizados por las sociedades se advierte en varios otros países, sea por iniciativa local, como sucede en algunos países europeos, o bajo influencia más o menos evidente de la experiencia norteamericana. En varios de ellos, las empresas adoptan esta nueva modalidad y tienen sistemas de certificación, de manera similar a las *B-Corp* de los EE.UU., en tanto que en otros existen, además, leyes especiales que han acogido esta caracterización societaria. En este último caso, sea siguiendo los lineamientos de la *Benefit Corporation* norteamericana (como en Italia y Colombia) o bien con formas diferenciadas (como en Puerto Rico, Canadá y Gran Bretaña). En esta expansión han colaborado significativamente organizaciones sin fines de lucro de características similares a *B-Lab* de los EE.UU., como es el caso de Sistema B en América Latina que tiene presencia en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y los países de América Central, en todos los cuales lleva adelante una intensa campaña orientada a promover la creación de estas sociedades –generalmente llamadas Empresas BIC (de Beneficio e Interés Colectivo)– y la promulgación de leyes que faciliten su desarrollo.

Colombia es el primer país de la región que incorporó una nueva modalidad societaria bajo una denominación que se reproduce en los proyectos legislativos de otros países: la Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo (BIC). El 18 de junio de 2018 se dictó la Ley 1901 mediante la que se establece que cualquier sociedad comercial existente o futura podrá adoptar la condición de sociedad de “Beneficio e Interés Colectivo” (BIC), sin que ello implique un cambio o creación de tipo societario nuevo. Las sociedades BIC, además del beneficio e interés de sus accionistas, “actuarán en procura del interés de la colectividad y del medio ambiente”, a cuyo efecto incluirán en su objeto social las actividades de beneficio e interés colectivo que se propongan desarrollar. La ley exige que incluyan en su denominación social las palabras “Beneficio e Interés Colectivo” o la abreviatura BIC.

3. Proyecto de ley de Sociedades BIC

En noviembre de 2016 el Poder Ejecutivo remitió al Congreso Nacional un proyecto de ley “que tiene como objeto la creación de una nueva forma de organización empresarial: las Sociedades de Interés y Beneficio Colectivo (BIC)”⁷. Señala el men-

⁷ Mensaje 139, ingresado a la Cámara de Diputados el 09.11.16.

saje que acompañó al proyecto que se trata de promover un ecosistema de empresas sustentables que entre sus fines tengan el cuidado del ambiente y el diseño de soluciones de problemas sociales que las políticas públicas y el mercado tradicional no han podido resolver, abriendo al mismo tiempo a los emprendedores la posibilidad de implementar soluciones innovadoras en tales materias.

Destaca el P.E. que el proyecto contempla los siguientes aspectos fundamentales: a) la ampliación del propósito de la empresa, yendo más allá del mero beneficio económico de los socios; b) la obligación de plasmar en forma precisa en el instrumento constitutivo cuál es el impacto social y ambiental que se propone generar; c) brindar resguardo a los administradores en cuanto a su responsabilidad por la búsqueda de los objetivos que la sociedad se propone; d) otorgar derecho de receso a los socios de una sociedad ya existente cuando ésta resuelva adoptar la condición de BIC y e) establecer un marco de control y transparencia obligando a confeccionar una reporte anual auditado por profesional independiente especializado.

No se mencionan antecedentes del Derecho Comparado, pero es evidente la influencia de la legislación norteamericana sobre *Benefit Corporations*, como así también de la ley italiana de *Società Benefit* y proyectos de otros países. Todo ello vehiculado activa y eficazmente por la acción de Sistema B y su grupo jurídico. El proyecto mereció dictamen favorable de la Comisión de Legislación General y fue incluido en el Orden del Día N° 1352 de 1017 de la Cámara de Diputados pero no llegó a tratarse, motivo por el cual perdió estado parlamentario.

Posteriormente fueron presentados un proyecto de ley modificatoria de la Ley General de Sociedades introduciendo las llamadas “sociedades beneficiosas” y otro de creación de las “sociedades BIC”⁸ los que fueron tratados en forma unificada por la Comisión de Legislación General que lo aprobó el 30.10.18⁹. A su vez, la Cámara de Diputados le prestó aprobación el 6.12.18 y, consiguientemente, el proyecto pasó al Senado, donde se halla actualmente radicado.

El proyecto en trámite consta de sólo nueve artículos. El art. 1° establece que pueden ser sociedades BIC todas aquéllas que se hallen constituidas conforme con los tipos previstos en la Ley General de Sociedades y los que en el futuro se incorporen a ella o se creen en forma independiente. Vale decir que no se crea un nuevo tipo societario sino que solamente se prevé una modalidad o condición especial que pueden adoptar las sociedades en general. Ahora bien, la referencia a las sociedades previstas en la Ley General de Sociedades o las que se creen

⁸ Expte. 2216-D-2017 presentado por la diputada Cornelia Schmidt Lierman y Expte. 2498-D-2018 presentado por la diputada Astrid Hummel y otros, respectivamente.

⁹ Orden del Día N° 567 del 02.11.18.

en el futuro plantea la duda acerca de si las sociedades que actualmente no se hallan incluidas en dicha ley –tal como sucede con las sociedades anónimas simplificadas (SAS)– pueden devenir sociedades BIC. De igual manera, surge el interrogante con relación a las sociedades incluidas en la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades, por cuanto éstas no responden a un tipo determinado y el art. 1º del proyecto alude a sociedades “constituidas conforme a alguno de los tipos previstos” en la mencionada ley. Cabe interpretar que, por la amplitud con que el tema es tratado, los casos mencionados también se hallarían incluidos, aunque la redacción del texto legal no lo prevea de manera expresa.

Por otro lado, el proyecto dispone que los socios de las sociedades BIC “además de obligarse a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas” deben obligarse a generar un impacto positivo social y ambiental (art. 1º). Utiliza, pues, textualmente, la definición de sociedad de la Ley General de Sociedades con lo cual involucra aspectos tales como los aportes de los socios y la organización empresarial, cuando, en rigor, lo único relevante es que el objeto de la sociedad BIC se proyecta más allá de la búsqueda del beneficio (lucro o ganancia) ¹⁰ a distribuir entre los socios para procurar, además, producir un impacto social y ambiental positivo. Hubiera sido más claro decir en forma directa que persiguen el beneficio social y ambiental, además del lucro para los socios, evitando una referencia tan amplia que puede inducir a confusión.

Por fin, la caracterización de las sociedades BIC concluye diciendo que la obligación de generar un impacto positivo social y ambiental ha de realizarse “en las formas y condiciones que establezca la reglamentación”, con lo cual, una vez sancionada la ley, habrá que aguardar el dictado de la reglamentación para conocer con precisión los alcances de las obligaciones asumidas por las sociedades en esta materia. Esta remisión a la reglamentación deja abierto un amplio espacio a lo que una normativa de nivel no legislativo pudiera disponer en esta materia, lo cual no parece contribuir a la seguridad jurídica.

Se impone agregar a la denominación social la expresión “de beneficio e interés colectivo”, su abreviatura –no se indica cuál es– o la sigla BIC (art. 2º). Esta disposición contribuye tanto a que los potenciales contratantes conozcan la

¹⁰ Está claro que las sociedades tienen como objeto la obtención de lucro a repartir entre los socios (maximizar el valor de su aporte) para lo cual la actividad que realizan mediante una empresa constituye un medio de carácter instrumental. Sostienen Richard y Muiño: “Podría aceptarse que el fin lucrativo –o sea, la obtención de utilidades– fuera la causa mediata de la constitución del nuevo ente, actuando como causa inmediata el objeto social.” (Richard, Efraín Hugo - Muiño, Orlando Manuel, *Derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 145).

condición de la sociedad como a que ésta quede comprometida frente al público a observar dicha condición.

Las sociedades BIC pueden tener tal condición desde su constitución o bien adquirirla mediante la reforma de su estatuto o contrato social inscrita en el registro público respectivo. En ambos casos, deberá constar en el instrumento pertinente el impacto social y ambiental, positivo y verificable, que se obliguen a generar, especificado de manera precisa y determinada, y la exigencia del voto favorable del 75% de los socios con derecho a voto para toda modificación del objeto, no aplicándose el voto plural. El resguardo de la mayoría calificada para variar el objeto parece una medida adecuada para asegurar que la sociedad cumpla las obligaciones asumidas. Como contrapartida, en el caso de las sociedades ya constituidas, la adopción de la condición de sociedad BIC otorga el derecho de receso a los socios que hayan votado en contra y a los ausentes que acrediten calidad de accionistas al tiempo de la asamblea.

Aspecto de especial interés es el relativo a las obligaciones –y consiguientes responsabilidades– de los administradores, habida cuenta de que el cometido de las sociedades en general consiste en la obtención de lucro o beneficio para los socios, tal como prescribe el art. 1º de la Ley General de Sociedades. Se trata, entonces, por un lado, de ampliar el objeto de las sociedades y, por otro, de correlacionar las responsabilidades de los administradores con la búsqueda de ese objeto ampliado. De allí que el proyecto establezca que los administradores deben tomar en cuenta “los efectos de sus acciones u omisiones” respecto de los socios, los empleados, las comunidades con las que se vinculen, el ambiente local y global y las expectativas de largo plazo de los socios y de la sociedad. De tal suerte quedan comprendidos los intereses de los distintos *stakeholders* y, además, las perspectivas futuras de la sociedad, con lo que se limita o excluye la consideración de las ventajas de corto plazo para todos y cualquiera de los involucrados. Esta visión amplía notablemente el horizonte de actividades de sociedad, rebasando el límite estrecho de la *shareholder primacy*. Ahora bien, esa mayor amplitud y diversidad de obligaciones que los administradores deben atender en el desempeño de sus funciones genera una responsabilidad que solamente puede ser exigida por los socios y la propia sociedad; es decir que los restantes *stakeholders* no adquieren legitimación para exigir la responsabilidad de los administradores por las obligaciones que hacia ellos imponen el estatuto o el contrato social de la sociedad BIC. Esta limitación, que en el caso de otros países provocó alguna crítica por cuanto restringe la posibilidad de enjuiciar el cumplimiento de los deberes de los administradores, parece, sin embargo, ser fundada.

En cuanto a información y transparencia, el art. 6º del proyecto obliga a que los administradores elaboren un reporte anual en el cual acrediten las acciones

realizadas para el cumplimiento del impacto social y ambiental previsto en el estatuto o contrato social. Dicho informe debe ser auditado por “un profesional independiente matriculado especializado en los ámbitos en los que se pretende lograr impacto positivo social y ambiental”. Resulta difícil apreciar cuál habrá de ser ese profesional puesto que los ámbitos de impacto social y ambiental son muy diversos. Tampoco resulta claro dónde deberá estar matriculado, con lo cual el cumplimiento de esa labor de auditoría no parece sencilla. Nuevamente aquí el proyecto se remite a la reglamentación en cuanto a los requisitos de información y a las pautas para la realización de la auditoría. El reporte debe presentarse dentro de los seis meses del cierre del ejercicio anual al registro público y éste lo publicará en su página web. Finalmente, la reglamentación debe también establecer los mecanismos de publicidad de los informes.

Se prevé un régimen de control y sanciones que avanza más allá de las obligaciones de información y transparencia (art. 7º). El incumplimiento de las obligaciones asumidas por aplicación de la ley hará perder la condición de sociedad BIC. Nuevamente en este tema el proyecto remite a la reglamentación en cuanto a los términos y condiciones para la aplicación de dicha sanción, pudiendo no sancionarse en caso de incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor. Del texto del art. 7º parece desprenderse que las obligaciones a que se hace referencia son tanto las de carácter informativo (elaborar y presentar el reporte anual) como las de fondo acerca de las acciones dirigidas a generar el beneficio social y ambiental, con lo cual la autoridad de aplicación tendrá una significativa amplitud de apreciación.

Por otro lado, se encarga al P.E. determinar la autoridad de aplicación de la ley, lo cual permite suponer que no será la autoridad competente de cada jurisdicción local encargada del registro público, es decir la Inspección General de Justicia en la Capital Federal o el organismo similar de cada provincia. Sin embargo, por su naturaleza, el control societario no podría estar centralizado en el gobierno nacional en virtud de lo normado por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.

En cuanto al orden de prelación de las normas aplicables a las sociedades BIC, el proyecto no resulta suficientemente preciso toda vez que menciona las disposiciones de la ley, la Ley General de Sociedades, la reglamentación de la ley y agrega: “en particular, las normas que le sean aplicables según el tipo social que adopten y la actividad que realicen” (art. 1º, último párrafo). La enumeración es confusa pues menciona las normas del tipo social a continuación de la reglamentación de la ley y después de haber aludido a la Ley General de Sociedades, que es la que regula los distintos tipos sociales.

El proyecto no establece medidas promocionales, excepto la autorización que otorga a la autoridad de aplicación de la ley 27.437 para incluir a las sociedades BIC en el Programa Nacional de Desarrollo de Proveedores (art. 8°).

4. Conclusión

Durante mucho tiempo, podría afirmarse que desde su aparición en el escenario económico occidental, las sociedades tuvieron el cometido exclusivo de producir ganancias para quienes aportan el capital. Para eso se constituían y su desempeño era evaluado de acuerdo con la ganancia que producían. Sin embargo, se ha abierto camino en numerosos países, incluido el caso de los EE.UU., la tendencia a reconocer el interés de otros *stakeholders*. Cabe hacer notar que primeramente fueron las propias sociedades las que incorporaron el cuidado de esos otros interesados (trabajadores, clientes, acreedores, comunidad local, medio ambiente) de manera espontánea y sin que existiera marco legal específico. Posteriormente, y en muchos casos por la acción de incidencia llevada adelante por los propios empresarios, los gobiernos comenzaron a hacerse eco de la nueva tendencia, dándole cabida en sus respectivas legislaciones.

No obstante, quedan por despejar algunos aspectos que pueden resultar conflictivos en la implementación jurídica de la nueva corriente. Inicialmente, precisar hasta dónde es posible y conveniente que sea la ley la que se ocupe de cuestiones que, en última instancia, tienen una fundamentación de orden moral.

Por otro lado, conectado con lo anterior, debe determinarse si es aconsejable establecer responsabilidades para los administradores relativas al cumplimiento de los fines sociales y ambientales de la sociedad y, en su caso, quiénes estarán legitimados para exigir tales responsabilidades.

No menos importante es el tema de la información y la transparencia acerca de los objetivos de interés colectivo que debe satisfacer la sociedad, comenzando por la eventual obligación de denunciarlos no solamente en su estatuto sino en la propia denominación social. Ha de resolverse cuáles son los requisitos y contenidos del informe o balance social que la sociedad debe elaborar y cuál su régimen de publicidad. Adicionalmente, se plantea la cuestión acerca de la eventual exigencia de someter dichos informes a una auditoría especializada, con el consiguiente problema de definir cuáles son dichas auditorías y su reconocimiento como tales.

Finalmente, materia que es también motivo de controversia, si deben estas sociedades estar sujetas a un régimen especial de contralor estatal en razón de sus objetivos o si solamente deben someterse a las exigencias comunes a las demás sociedades. Corolario de este punto es la cuestión acerca de la existencia

de un régimen sancionatorio específico para cuando no cumplan las obligaciones anteriores, sean éstas de fondo o informativas.

Todas estas cuestiones son complejas y deben ser convenientemente sopesadas al momento de legislar sobre estas sociedades pues, de no ser adecuadamente resueltas, pueden frustrar su desempeño, y su existencia misma, independientemente de las buenas intenciones que inspiren su régimen legal.