

LAS “EMPRESAS B”. POSIBILIDAD DE SU REGULACIÓN MEDIANTE CAMBIOS EN EL DERECHO SOCIETARIO

Raúl A. Etcheverry y Eugenio Xavier de Mello

RESUMEN

Ante la irrupción en la vida social de nuevos supuestos de hecho, el legislador puede adoptar una conducta pasiva, en virtud de la cual los mismos serán absorbidos por las figuras jurídicas preexistentes, o activa, generando nuevas figuras específicas que sean más apropiadas para regularlos. La evolución de la sociedad y de la cultura ha determinado la aparición, junto a las empresas comerciales tradicionales orientadas solo al lucro, de empresas cuyos titulares tienen un fuerte compromiso social y desean mediante la adopción de prácticas intra y extra empresariales amigables con los trabajadores, con los consumidores y con el medio ambiente, contribuir a la solución de los problemas sociales y ambientales. Estaría emergiendo así un nuevo paradigma que el Derecho no debe ignorar sino regular y promover. Las denominadas Empresas B, en pleno proceso de difusión en USA y en otros países, una vez certificadas por organismos independientes, quedan regidas por un estatuto especial que les confiere beneficios y como contrapartida les impone deberes y limitaciones. En esta ponencia se considera que ese nuevo modelo de empresa comercial puede contribuir, junto a los Estados y a las ONG, a la superación de las graves situaciones de exclusión, desigualdad social y deterioro ambiental que viven nuestros países. Por tal motivo se propone que se modifique la legislación societaria para dar cabida a estas entidades cuya función social no puede recibir sino una valoración positiva.

I. El derecho frente a los nuevos supuestos de hecho

Enseña Laclau que “la noción de derecho sólo puede comprenderse plenamente referida a los fines humanos y a los medios adecuados para su logro. El derecho no es un objeto que hallemos en el mundo de la naturaleza, ni tampoco puede ser considerado como un método de ordenación de nuestras percepciones sensibles. Antes bien, el concepto de derecho entraña una categoría del querer que, en cuanto tal, ha de ser opuesta al método causal empleado por el científico de la naturaleza para la organización de los fenómenos exteriores. Pero no cabe, en base a ello, sostener que el derecho sea un producto de la voluntad”¹. Es que el Derecho existe siempre, necesariamente, en toda comunidad humana; además, su contenido está condicionado en gran medida por circunstancias históricas, sociales, económicas y culturales. Sin embargo, ello no debe llevarnos a afirmar que la voluntad no desempeña en la determinación de esos contenidos, ningún papel. Por el contrario, en las sociedades modernas, será el querer concreto de los integrantes de cada comunidad, expresada mediante las instituciones de que la misma esté dotada², el que generará gran parte de esos contenidos.

“Stammler sostiene que el concepto de sociedad puede descomponerse en dos elementos: por un lado la vinculación en cuanto tal, que constituye una regulación externa condicionante de la convivencia, caracterizada por articular los fines de los individuos, vinculados —según vimos— en función recíproca de medios; por el otro, hállese la actividad común de los componentes de la sociedad, que tiende a lograr la satisfacción de necesidades en base a la cooperación. Ambos elementos encuéntrase íntimamente relacionados, por cuanto uno constituye la forma y el otro la materia del concepto de sociedad. El querer vinculatorio es la condición lógica de la conducta de los integrantes de la sociedad; en cambio, la actividad social es un elemento lógicamente condicionado y constituye su materia”³...

¹ LACLAU, Martín, “Sendas del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX”, página 9.

² En la práctica, las instituciones no son un reflejo exacto de la voluntad general, ni siquiera en las sociedades más democráticas y avanzadas. En efecto, el desempeño de las mismas y su papel como generadoras de normas, aparece con frecuencia influido por los factores de poder real, de manera tal que su actuación refleja en líneas generales el equilibrio de fuerzas existente.

³ Cita Laclau: Cfr. Stammler, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1928, p. 79.

El derecho se dirige a los seres humanos, desde su concepción hasta su muerte. Pretende encauzar sus necesidades y debilidades, así como sus virtudes, pasiones, rencores, afinidades y afectos. Sólo se detiene en circunstancias en las que el ser humano ejercita su más íntima libertad, la cual comprende la de equivocarse. Como ha escrito Kafka, el camino del ser humano, es vivir desviándose incesantemente⁴. Pero también el de rectificar sus pasos y el de corregir sus errores, en la búsqueda continua de la realización de fines individuales y colectivos. El sistema jurídico es pues, en gran medida, el resultado de la necesidad de conciliación de las voluntades y las necesidades⁵.

La emergencia de nuevas realidades sociales, económicas y culturales plantea al orden jurídico el desafío de optar entre permitir que las mismas se vayan subsumiendo naturalmente en las viejas regulaciones o desarrollar nuevas estructuras y fórmulas legales, adaptadas desde su origen a los supuestos de hecho nacientes. Esa disyuntiva está presente, como luego veremos, en relación a las denominadas Empresas B.

II. La empresa como figura económica y jurídica

Ha dicho Rodríguez Mancini, que "en el vocabulario jurídico es usual valerse de la expresión "figura", para referirse a un concepto que el intérprete encuentra descripto a veces sintéticamente, puede ser una sola palabra, en normas sobre todo legales y que sirven para orientar la aplicación de la regla que la contiene"⁶.

La figura es una caracterización, que puede variar según los autores y lograr más o menos éxito y aceptación entre los juristas. Se trata de una creación del intelecto que supone valoración, armonización y adaptación y se emplea para significar o exponer un concepto susceptible de ser utilizado o aplicado a diversos "casos" de la realidad social.

Los supuestos de hecho son múltiples y variados, presentando constantemente formas novedosas, lo que permite miradas diferentes que quedan unificadas y delimitadas mediante las figuras que las distinguen y explican.

⁴ KAFKA, Franz, "Parábolas y paradojas", página 100.

⁵ POUND, Roscoe, "Introducción a la filosofía del derecho", página 62.

⁶ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "La "figura" y el estándar en el derecho del trabajo", en La Ley, del 22/03/2013, Buenos Aires.

Sin embargo, una misma figura, individualizada mediante un término determinado, puede ser entendida con un alcance diferente en el lenguaje vulgar y en el jurídico, así como dentro del campo del Derecho, en las diversas ramas que lo componen. Así, cuando mencionamos a la “empresa” en derecho mercantil, no expresamos lo mismo que en derecho del trabajo, de la seguridad social, tributario o administrativo.

Aunque siempre en general se parte del concepto común de “organización”⁷, el aspecto que se desea resaltar de la figura jurídica estará orientado hacia alguna cualidad o hacia determinados efectos del supuesto de hecho que se examina.

III. Empresa comercial y lucro

Existen diferentes clases de empresas: públicas, privadas o mixtas; comerciales, industriales, agropecuarias, extractivas o de servicios; civiles o mercantiles; y así sucesivamente.

Es extendida la opinión según la cual las empresas mercantiles cumplen una función meramente económica. Pero no es cierto que el único motor del empresario sea el lucro. La creación de una empresa responde a la fuerza vital del empresario, quien la funda o conduce no solo con el fin de obtener beneficios sino también de lograr su propia realización personal. La empresa es una obra humana destinada a perdurar en el tiempo, cuyo premio será el éxito del proyecto entendido en su aspecto económico pero también en el espiritual. Una de las principales motivaciones del empresario es la de ver el resultado de su inventiva, de sus habilidades, de su esfuerzo y de su trabajo. La recompensa del empresario, como la del trabajador dependiente, no es solo la de recibir una retribución económica sino también la de obtener la gratificación moral resultante del trabajo bien hecho, de la obra bien realizada. El fracaso y el éxito laboral y empresarial están fuertemente asociados a la autoestima de los seres humanos. Por eso, no sorprende que aún las personas muy ricas, en lugar de dedicarse a disfrutar de sus bienes, destinen tiempo y esfuerzos a emprender nuevos proyectos, ya estén éstos destinados a incrementar su capital o a promover actividades altruistas, como la creación de fundaciones de la más variada índole.

⁷ XAVIER DE MELLO, Eugenio, “El concepto de organización en el derecho comercial” en *Derechos Patrimoniales*, tomo I, Bs. As., 2001, págs. 89 y ss.

Esta afirmación, que despertará la sonrisa escéptica de algunos, refleja una realidad inocultable. No se trata de pensar ingenuamente que en el futuro, el fin de lucro ha de desaparecer del espíritu humano. Ello no sería posible ni probablemente deseable, considerando que el mismo, bien canalizado y delimitado por las normas, constituye una fuerza impulsora de proyectos e iniciativas claves para el progreso colectivo.

Por otro lado, el mercado no ha demostrado ser capaz por sí solo de evitar la exclusión social y las desigualdades extremas. Por eso se hace imprescindible la acción directa del Estado, así como su acción indirecta, estimulando a los particulares a contribuir, por medio de sus organizaciones civiles y comerciales, al bien común. En ese marco, no puede ni debe desconocerse la utilidad del instrumento representado por las denominadas empresas B, a las que enseguida nos referiremos. Con las mismas, no se pretende desplazar al Estado u otros agentes públicos o privados, ni exonerarlos de sus responsabilidades en la materia. Pensamos simplemente que las empresas B tienen un importante papel que desempeñar, al lado de otras organizaciones, ya sean públicas o privadas, en el cumplimiento de metas sociales relevantes.

En nuestros países son escasos y aislados los beneficios que, como las donaciones deducibles de impuestos, se otorgan como recompensa a las empresas que proyectan de manera deliberada y expresa, su actividad a lo social. La denominada responsabilidad social empresaria (RSE), constituye hoy una de las mayores preocupaciones de la academia y de las organizaciones empresariales, aunque su importancia no parece haber sido comprendida todavía en su real dimensión, por la sociedad y el Estado, ni en particular por los partidos políticos y los gremios empresariales y de trabajadores.

El derecho regula de manera diferente a las asociaciones, a las fundaciones, a las cooperativas y a las sociedades, ya sean éstas civiles o comerciales, sin tener en cuenta que para lograr sus fines, todas ellas recurren con frecuencia a estructuras empresariales similares. A la fecha, es muy limitada la posibilidad jurídica de crear una organización mixta, que combine fines de lucro repartibles con propósitos de otro tipo.

En nuestro medio, las sociedades comerciales, como forma prevalente de organización adoptada por los titulares de las empresas comerciales, tienen a los rendimientos financieros como su finalidad "oficial", legalmente prevista; ello ocurre tanto en el derecho argentino como en

el uruguayo y también en el brasileño, si bien en este último la Constitución Federal, incluye en su art. 160 el principio de “función social de la sociedad”, lo que permitiría una interpretación de la legislación societaria, efectuada “desde la Constitución”, que resulte menos rígida y limitativa. Por otra parte, equivocadamente, casi no se concibe a las empresas comerciales fuera del concepto de búsqueda del beneficio.

IV. Las empresas B

Las “Empresas B”, denominadas en USA “B Corporations” (Benefit Corporations), expresan una idea de reciente aparición. Sin dejar de ser empresas comerciales, incluyen en su objeto acciones por el bien de la comunidad. Se ha dicho que sus titulares no quieren tener la mejor empresa del mundo sino la mejor empresa *para* el mundo. Se trata de un concepto en evolución que se expande por el continente y que irá seguramente precisando sus contornos mediante aproximaciones sucesivas. Las Empresas B constituyen una nueva estructura empresaria cuya utilidad resulta indiscutible. Reflejan, como se ha dicho, la existencia creciente de “un nuevo ADN empresarial” que utilizará el poder del mercado para contribuir a solucionar los desequilibrios sociales y ambientales. Como pese a su finalidad social siguen siendo empresas y apostando por tanto a la eficiencia, suelen ser más efectivas que las ONG, al mismo tiempo que superan los cuestionamientos que reciben las empresas que apuestan solo al lucro. Por adaptarse a las nuevas exigencias de la sociedad civil en materia social y ambiental, se las ha calificado como “las empresas del futuro”. Actualmente, en varios países de América Latina y también en América del Norte se está trabajando sobre esta noción, siendo muy firmes las ideas y los objetivos pero no existiendo todavía una unidad conceptual y menos aún una estructura jurídica especial y propia del fenómeno, similar a los “tipos” de empresas civiles o comerciales previstas en los Códigos. Ya han comenzado a transitar esta ruta varias empresas argentinas y de otros países de América Latina.

Partimos de una realidad social evidente: nuestro sub continente está cursando una etapa de crecimiento económico basado fundamentalmente en la explotación de sus importantes recursos naturales, siendo todavía escasa la inversión realizada en I & D y por ende el desarrollo tecnológico necesario para convertir esta fase de expansión en un proceso irreversible y sustentable. Es además, una zona de pobreza y de desigualdad social; la

educación está comprometida; los ecosistemas se deterioran rápidamente.

Las empresas B pueden hacer un valioso aporte tendiente a solucionar los problemas mencionados. Para ello es necesario que sean reconocidas por la comunidad y por el Derecho y que actúen organismos de evaluación, certificación y control de las mismas, independientes y reconocidos.

Ahora bien, el modelo de empresas B, no puede construirse sobre la base de las figuras ya incluidas en la legislación de fondo. Se trata de un modelo fáctico emergente que está a la búsqueda de una cobertura y de una inserción legal propia y adecuada.

En la Argentina con la ONG B-Lab, se inicia un serio desarrollo del Sistema B, con el objetivo de promover y articular el movimiento global de Empresas B en y desde Sudamérica.

En Estados Unidos, este nuevo concepto empezó a cristalizarse y concretarse a partir del año 2007, con la creación de B-Lab, desde la cual se desarrollaron en ese país más de 500 B Corporations, abarcando más de 60 industrias y con un nivel de facturación colectiva del orden de los 4.000 millones de dólares. En USA, ya serían ocho los Estados que han aprobado reglamentaciones específicas al respecto. En California, Hawaii, New York, Virginia, Maryland, New Jersey, Illinois y Vermont, la legislación ya permite a las empresas registrarse como B-Corporations, estando otros cuatro Estados en proceso de aprobar normas dirigidas en el mismo sentido. En la legislación sobre Empresas B existen tres reglas principales que son comunes a todos los Estados de la Unión. Estas reglas hacen referencia a la misión de dichas empresas, a la rendición de cuentas y a la transparencia. En efecto, una Empresa B debe tener el propósito de crear un impacto material positivo en la sociedad y el medio ambiente; en ella se ven ampliadas las responsabilidades de sus directivos estableciéndose su deber de considerar metas no financieras y de largo plazo al tomar decisiones corporativas y su obligación de reportar sobre su comportamiento social y ambiental bajo estándares independientes, comprensivos y creíbles.

Teniendo en cuenta esta experiencia, el Sistema B está en condiciones de ser impulsado en los mercados sudamericanos con la participación de personas, empresas e inversionistas de impacto.

Las Empresas B son certificadas utilizando como herramienta la Evaluación de Impacto B (*B Impact Assessment*⁸) desarrollada por B-Lab e implementada exitosamente en el mundo por su transparencia, dinamismo, independencia y credibilidad. Los directores o administradores así como, si su titular es una sociedad comercial, los socios o accionistas de la Empresa B, quedan sujetos a responsabilidades especiales. Dichas personas deben tener siempre en cuenta los intereses de la comunidad, de los trabajadores y al medio ambiente. Las empresas B deben alcanzar, para ser certificadas, un determinado puntaje mínimo en diversas áreas, entre las que se destacan la referida al gobierno corporativo, a la transparencia, a las prácticas laborales, a la competencia, a la relación con proveedores y clientes, al medio ambiente y al modelo de negocios que debe tener necesariamente una proyección social y ambiental. Una vez certificada, la Empresa B deberá cumplir con estándares rigurosos y positivos de impacto social y ambiental y construir una voz colectiva que indique la pertenencia a la comunidad de Empresas B, reconocidas bajo una única marca. Vale la pena aclarar que mientras no exista una figura legal de Empresas B, las obligaciones y responsabilidades mencionadas se seguirán circunscribiendo únicamente a las relaciones entre los accionistas, la gerencia y la administración de la sociedad empresaria, lo que no garantiza ni asegura suficientemente un impacto social positivo.

Existen en la materia dos aspectos claves a señalar. En primer lugar, que el Sistema B apoya tanto a aquellas empresas que logran certificarse como a aquellas que no logran cumplir con el mínimo de condiciones preestablecidas requerido. Mientras los servicios para las primeras se focalizan en desarrollar una agenda de trabajo para que puedan convertirse en Empresas B, el apoyo para las que ya alcanzaron ese objetivo se centra en movilizar y multiplicar su impacto. En segundo lugar, que el modelo se apalanca en un sistema de apoyo compuesto por actores multisectoriales, los que resultan esenciales para impulsar a este tipo de empresas. Entre ellos deben destacarse las instituciones académicas, los fondos de inversión, las organizaciones de la sociedad civil, y especialmente, el sector público. Una de las tareas que debe desarrollar este último, será la de promover una legislación que institucionalice y otorgue certeza legal y faci-

⁸ La B Impact Assessment es una herramienta de gestión gratuita y confidencial para aquellas empresas que sin perjuicio de pretender el lucro, están destinadas a cumplir mediante sus prácticas y procedimientos o destinando parte de las ganancias obtenidas a finalidades altruistas, una función social específica y relevante.

lidades operativas a las Empresas B, distinguiendo el nuevo modelo legal a establecer de otras categorías como la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y la cooperativa y también de las entidades orientadas exclusivamente a cumplir finalidades sociales, como es el caso de ciertas asociaciones y fundaciones.

El Estado debería favorecer y alentar la creación de estas empresas, ya que las mismas lo ayudarán a cumplir sus propios fines y beneficiarán a la comunidad. El sector público tiene reservado entonces un rol fundamental en la promoción de este nuevo paradigma. No basta sólo con la voluntad individual de emprendedores y empresarios de transformarse en Empresas B o de crear nuevas empresas bajo estos o similares principios. Es fundamental contar con un marco regulador adecuado, con el objetivo de diferenciarlas, promoverlas y resguardarlas estructuralmente, lo que permitirá crear una verdadera e importante comunidad de empresas de esa clase.

Para quienes consideran que la empresa comercial puede y debe cumplir un papel relevante en la solución de los problemas sociales y ambientales y la conciben como uno de los protagonistas esenciales en la creación de una comunidad más justa, sustentable e integrada, se impone recorrer un nuevo camino social y legal.

Se trata sin embargo más que de atender a las propuestas y planteos de los empresarios con conciencia social, de proteger los intereses de los consumidores en general y de los trabajadores en particular, ya que éstos, de crearse y darse impulso al nuevo modelo, podrían consolidarlo y extenderlo eligiendo a este tipo de compañías a la hora de adquirir bienes o servicios o de decidir donde trabajar.

Mientras en nuestros países no se establezca un marco legal especial para las empresas B, quienes deseen incorporar finalidades sociales y ambientales a sus actividades empresariales deberán hacerlo lidiando con tipos sociales concebidos para cumplir otra función: la de obtener beneficios y distribuirlos entre sus asociados, quedando las actividades altruistas relegadas a un papel secundario o marginal, a veces incluso en oposición a las reglas estrictamente capitalistas que las regulan, lo que afecta la seguridad jurídica y la propia viabilidad del nuevo modelo. Lo mismo ocurrirá si se las cobija bajo el manto de las asociaciones o fundaciones, las que como es sabido no tienen, por definición, fin de

lucro⁹, mientras las empresas B combinan ambos objetivos: producen en forma compatible con los intereses de los trabajadores y consumidores, generan ganancias y las distribuyen pero además destinan parte de las mismas a finalidades sociales. Se trata de un tipo mixto que nuestra legislación no contempla y que en alguna medida es incompatible con la misma.

V. Conclusiones

Enfrentamos pues hoy el desafío de incorporar a nuestras leyes, en el corto plazo, instrumentos jurídicos que permitan albergar y potenciar a las empresas B, teniendo en cuenta que en ellas convergen intereses variados que no pueden reducirse al deseo de reunir esfuerzos y capitales para obtener un lucro, idea limitada sobre la que reposa nuestra legislación relativa a las sociedades comerciales.

Argentina tiene ante sí la oportunidad de dar forma y plasmar desde ya estos principios, aprovechando que está en curso una reforma profunda del derecho privado, a través de la unificación de los Códigos Civil y Comercial.

Respecto a las formulaciones legales concretas, existen dos posibilidades: o se crea un tipo empresarial nuevo o se adapta la estructura de la sociedad mercantil al nuevo concepto, admitiéndose que las mismas sumen a su finalidad económica tradicional otras vinculadas a la promoción social y el medio ambiente, propósitos éstos que pueden determinar una ampliación o a una diferente delimitación del objeto social. En esta segunda alternativa, debería admitirse expresamente que las ganancias no tengan por destino ineluctable ser distribuidas entre los socios, permitiéndose que el contrato social incorpore deberes y responsabilidades especiales para los directores o administradores, para la alta gerencia,

⁹ Resulta insuficiente, a los efectos de dar cabida a las Empresas B, lo dispuesto en el art. 3 de la ley 19.550, según el cual "las asociaciones, cualquiera fuera su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo alguno de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones". Lo mismo ocurre con lo establecido por el art. 4 de la ley 16.060 uruguaya, conforme el que "las sociedades con objeto no comercial que adopten cualquiera de los tipos previstos por esta ley, quedarán sujetas a sus disposiciones, considerándose como sociedades comerciales. Las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de actividades comerciales y no comerciales serán reputadas comerciales y sujetas a la disciplina de esta ley".

para los integrantes de su órgano de control interno y también para los socios o accionistas. Estos últimos deberán ejercer sus derechos políticos en la sociedad en forma compatible con la consecución de los objetivos no económicos planteados. Por otra parte, en la medida en que se otorgue a las empresas B, como estímulo, beneficios tributarios y facilidades de otro orden, el Estado y cualquier tercero interesado tendrán el derecho de reclamar a todos los sujetos antes mencionados el estricto acatamiento de las obligaciones contraídas al certificar y operar dicha clase de empresas.