

LOS NUEVOS PARADIGMAS EN EL HACER DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

POR ALEJANDRO MILLER¹

Sumario

1. En el mundo empresarial actual es dable apreciar, particularmente luego de la crisis de 2008 en adelante, el cambio en paradigmas en cuanto a lo que debe perseguir una correcta gestión empresarial. La sociedad mercantil, como contenedora de una empresa, ya no únicamente vale por lo que vende y factura (y por tanto, por las utilidades que obtiene) sino que se vislumbran también como objetivos a lograr otros que, ajenos al económico –aunque no necesariamente excluyentes de aquél– valorizan otros distintos intereses y logros a tener en cuenta por la sociedad, particularmente en el largo plazo. Así surge el concepto de la sociedad mercantil como empresa sostenible en el largo plazo, de la responsabilidad social corporativa o del capital ético de la sociedad mercantil.

2. Comienzan entonces a tener relevancia otros intereses, hasta el momento ajenos al derecho societario mercantil, como son los de los empleados, proveedores, consumidores actuales o futuros o la comunidad toda en la que se inserta la sociedad. Son los que se denominan los “*stakeholders*”, por oposición a los “*stockholders*” o accionistas.

3. Normativas europeas, como la societaria española, ya hablan del “interés de la sociedad” como contenido del “interés social”. Normativas mundiales como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas de 1999, o bien comunitarias –como el Libro

¹ Profesor Adjunto cátedra Derecho Privado IV-V (Comercial), Facultad de Derecho, Universidad de la República de Uruguay.

Verde de la Unión Europea de 2001-, también hacen referencia a esta actuación (voluntaria) de la sociedad-empresa en el ámbito social, a través del desarrollo y la práctica de una consciencia y objetivos de responsabilidad social corporativa o empresarial, y la aplicación de los principios de la “ética de los negocios” en la toma de decisiones empresariales.

4. El advenimiento de estos nuevos paradigmas se pueden analizar a nivel de la sociedad mercantil y de sus propósitos, preguntándonos en tal caso: si la sociedad mercantil tiene o no que prestar atención a tales preocupaciones sociales (incluidas las del medio ambiente); si tiene un rol social a cumplir que se expresa en atender los intereses de los “*stakeholders*”, o debe ser prescindente de ellos como en el paradigma tradicional.

5. Igualmente, como reflejo de lo anterior, el tema se trasladada a nivel de la administración de la sociedad. En tal caso los interrogantes son: si los administradores sociales deben, en su actuar, tomar decisiones, prestar atención a tales intereses externos y gastar (o invertir) en acciones de responsabilidad social. En definitiva, si tales preocupaciones y acciones quedan insertas en el estándar del “buen hombre de negocios”.

6. La presente ponencia estima la vigencia y validez de tales nuevos paradigmas para la sociedad mercantil a la par que también postula la validez y legalidad de la adopción por parte de la sociedad mercantil y de sus administradores de acciones de responsabilidad social corporativa, así como el tener presente en la toma de decisiones empresariales los principios de la “ética de los negocios”. Concepto éste que, entendemos, queda comprendido por el estándar de “buen hombre de negocios” que proclama la ley societaria.

I. Los nuevos paradigmas para la gestión social: el rol social y el medio ambiente

1. Desde la década de los noventa con mayor firmeza, se vienen vislumbrando y reclamando como objetivos o propósitos que también debe perseguir la sociedad mercantil, en cuanto empresa, la necesidad de que la sociedad comercial se abra hacia afuera a considerar los intereses externos a la misma. Entendiendo por “externos” aquellos intereses que no son los

de sus socios o accionistas sino los de quienes rodean a la sociedad mercantil, nos referimos a los empleados de la misma, a los proveedores y suministradores de materias primas o terminadas para su proceso industrial o comercial, los consumidores tanto los presentes como los futuros y eventuales, y también a la comunidad toda en la que se inserta la empresa. Máxime si tenemos en cuenta que determinadas sociedades mercantiles con actividad industrial configuran directa e indirectamente la principal fuente de trabajo y movimiento económico y comercial de una localidad.

2. Se trata pues de poner en el tapete si la sociedad mercantil (en cuanto conlleva ínsita una empresa mercantil) debe abandonar el clásico paradigma de limitarse a crear valor exclusiva y excluyentemente para sí o para sus socios; y por el contrario, sin abandonar este paradigma, abrirse a considerar también el de asumir un rol más protagónico en las preocupaciones sociales que le reclame la comunidad en la que se inserta. Preocupaciones que pasan por atender los intereses externos que hemos detallado y que la doctrina denomina “*stakeholders*” por oposición a los “*stockholders*” o accionistas. Y también preocupaciones más genéricas como las de atender al medio ambiente.

3. En este marco desde fines de la década de los noventa y de allí al presente no se ha hecho sino ingresar en la proclamación y confección de pactos, acuerdos, líneas directrices, normas y códigos, todos de naturaleza voluntaria (lo que configura lo que se denomina “*soft law*” o ley “blanda” por carecer aplicación compulsiva). Así podemos mencionar el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, el Libro Verde de la Unión Europea sobre responsabilidad social empresarial, el Informe Howitt, las directrices de la OCDE, el Informe Aldama en España, entre otros. Todos documentos éstos que proclaman y persiguen un rol más protagónico de la sociedad mercantil (como empresa) en el campo social y en las preocupaciones sociales y éticas, así como en el respeto al medio ambiente y a no degradarlo. Documentos que tienen como común denominador que, junto al paradigma tradicional de “crear un mayor valor para la sociedad mercantil y sus socios”, ubican también los nuevos paradigmas sobre que la sociedad mercantil tiene un rol a jugar en la comunidad y frente a sus “*stakeholders*”. Más aún, serán los intereses de estos últimos, se afirma, los que en el largo plazo han de determinar las políticas y decisiones empresariales de la sociedad

comercial en cuestión. Prueba de ello es que la insatisfacción de los consumidores hará que la sociedad fabricante pierda competitividad.

4. Así como apreciamos la creación de un creciente número de instrumentos mundiales o comunitarios, también podemos apreciar estos nuevos paradigmas ingresando en la legislación societaria de ciertos países. Por ejemplo, es el caso del derecho societario hispano, el que luego de la reforma introducida por la denominada Ley de Transparencia, se establece que el “interés social” tendrá como contenido y definición el “interés de la sociedad”. Por tanto, sus directores sociales deberán adecuarse a contemplar este interés de la sociedad y no excluyentemente el de sus accionistas.

5. Personalmente interpretamos, más allá de reconocer las críticas de autores connotados a la redacción de esta ley, que la aclaración deja de ser tal para (quizás excediendo la intención del legislador) convertirse en la asunción de un nuevo paradigma societario: la sociedad tiene un interés propio y separado del de sus componentes socios. Y hasta conflictivo también con estos.

Y como interés separado y propio del ente societario dicho interés tiene la vocación, y por tanto ordena la actuación de sus administradores sociales, en torno a servir a la sociedad y hacer que la misma tenga un rol beneficioso tanto en lo económico (hacer todo lo que merite maximizar el valor de la sociedad comercial) pero también social (contemplar los intereses de los “*stakeholders*”) y medio ambiental. Estamos ante lo que la doctrina denomina el “*triple bottom line*” o triple línea de base que debe perseguir la sociedad mercantil en cuanto empresa. Nuevo paradigma, por tanto, que se agrega al tradicional de crear mayor valor para los accionistas con prescindencia de todo lo demás y de todo otro interés ajeno al de los socios.

6. Surge así el paradigma también denominado de la sustentación de la sociedad mercantil en el largo plazo. Criterio que obliga a los administradores a realizar una gestión empresarial pensando en el mediano plazo y en el largo plazo a fin de asegurar o por lo menos tender las líneas que permitan la subsistencia de la sociedad mercantil en el lapso prolongado. Parámetro entonces que impone a los administradores sociales como “buen hombre de negocios” huir o desconsiderar la ganancia rápida,

inmediata, puntual y coyuntural, que un negocio presente puede traer so pena o contra el riesgo de hipotecar la subsistencia de la sociedad en el mediano o largo plazo. Lineamientos que imponen a la administración social el evitar regirse por el clásico “y después veremos....” e ir administrando según la ocasión y sin pautas a futuro y según se den las circunstancias, sin planificación alguna.

7. En suma, como lo expresa Drucker, la sociedad mercantil y la empresa son órganos de la comunidad y como tales deben tener un rol protagónico en la consideración de los intereses de la misma y de quienes componen la misma.

Personalmente, podemos compartir este concepto siempre y cuando la atención de estos intereses no suponga perder el rumbo o desconocer y postergar irracionalmente los intereses de los socios quienes al constituir la sociedad mercantil pretenden generar utilidades “*con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca*” en su actividad comercial organizada (artículo 1 de la Ley de Sociedades Uruguaya). Por tanto, estos nuevos paradigmas deben respetar el contenido económico primario, y complementarse y sintonizarse subsidiariamente con el de los intereses de los socios, por lo menos al tenor de nuestra actual ley societaria.

II. La discusión no es nueva

1. La discusión sobre la finalidad de la sociedad mercantil si es económica excluyente o también si tiene un rol social a cumplir no es novedosa, aún cuando se reafirma con la aparición de los conceptos de las acciones de responsabilidad social corporativa y de los códigos éticos.

2. Basta recordar dos antecedentes en donde el tema ya estuvo en la discusión. El primero jurisprudencial mientras que el segundo corresponde a una discusión académica.

El famoso fallo “Dodge vs. Ford”

Nos referimos al legendario caso “*Dodge vs. Ford*” de la Corte Suprema de Michigan de 1919. Los hermanos Dodge, accionistas de Ford, no compartían la medida adoptada por el directorio de

la compañía que decidió discontinuar el pago de dividendos y dar preferencia en su lugar a bajar los precios de los vehículos que producía la compañía e incrementar los puestos de trabajo. Se entendía por tanto que los directores no podían socavar las utilidades a recibir por parte de los accionistas, so pretexto de asumir gastos (o inversiones) sociales, dado que tratándose de una sociedad mercantil la misma se debía única y excluyentemente a sus accionistas.

El fallo estableció, digno hijo de su época previo a la catástrofe de 1929 y al Welfare State de Roosevelt, que si bien era loable que la administración de la compañía tuviera presente en sus acciones y planes empresariales a los intereses de los empleados y demás terceros, ello no obstante, no evitaba que los directores debían única y excluyentemente dedicarse a dirigir a la compañía con la estrategia empresarial de procurar solamente beneficios para sus accionistas, dado que en esencia estábamos ante un instrumento económico y capitalista en el lineal sentido del término. La regla por tanto era: no se debía poner el interés público por encima del interés de los accionistas. La sentencia obviamente sentó jurisprudencia, como lo es en el derecho anglosajón, y marcó un mojón que aún hoy en día permanece con vigencia, pese a las diversas críticas recibidas desde entonces.

La discusión científica entre Berle y Dobb

Un poco más cercana en el tiempo, 1932, presencié la discusión entre los economistas Berle y Dobb.

Ante el interrogante de "*¿en beneficio de quién gestionan los administradores sociales?*", Berle entendía que esto se debía a quienes los designaron, o sea, a los accionistas. Y se debía en forma exclusiva y excluyente.

Por su parte, Dobb interpretaba el concepto del "interés social" en forma más amplia y abarcadora de otros intereses además de los de los accionistas. Incorporaba y apostaba por los "stakeholders". Y señalaba que, a su criterio, la sociedad mercantil era un protagonista tanto de la vida comercial como de la vida de la comunidad y con esto último quedaba también obligada a asumir un rol preponderante en la sociedad, entendida ésta como la comunidad a la que pertenecía o donde ejercía su influencia económica directa la empresa mercantil. En ese marco los administradores sociales debían servir primero a los accionistas pero, sin perjuicio de ello y compatibilizadamente,

hacerlo también teniendo en cuenta el interés general de los "stakeholders". En definitiva, si no servían a los "stakeholders" (por ejemplo, los consumidores) la propia existencia mercantil de la sociedad podía quedar en riesgo ante la insatisfacción generalizada de éstos respecto de los bienes o servicios que producía la sociedad mercantil. Por lo tanto, lo segundo condicionaba a lo primero. Existía una verdadera simbiosis entre ambos intereses.

Como se puede apreciar el tema, si bien está relanzado desde los noventa, no es novedoso. Y ya en la discusión puede apreciarse que confrontaban ambas visiones sobre el fin de la sociedad mercantil y el alcance de la noción de interés social, así como el alcance de la regla del buen hombre de negocios como parámetro de medida de valoración de la responsabilidad por la actuación de los administradores en la gestión social.

III. Las acciones de responsabilidad social corporativa: estrategia empresarial

1. Quizás la respuesta a este dilema o confrontación en cuanto al alcance del interés social pueda salvarse si consideramos, como lo hace modernamente, las tesis sobre responsabilidad social corporativa o empresarial quienes ubican a estas acciones y programas como un estrategia empresarial válida para la creación o maximización de valor de la sociedad en el mediano o más aún, en el largo plazo.

La tesis se puede resumir con la frase que "ganar más" no es incompatible con "hacer el bien". Y que a la larga "el fin no justifica los medios", ya que éstos luego pasarán factura sobre la sociedad mercantil, por ejemplo, medios que han creado y alimentado una generalizada insatisfacción de los consumidores con la empresa o bien una comunidad en actitud de revuelta ante la empresa. Al final la sociedad mercantil ha de perder competitividad y por tanto, no ha de maximizar su valor.

2. En este entorno se aprecia las acciones dirigidas hacia los intereses externos de la sociedad y al genérico cuidado del medio ambiente como estrategias de futuro a largo plazo que han de posicionar a la sociedad mercantil y a sus productos

o servicios como respetuosos de ese medio ambiente social y terreno. Dentro de este concepto toda acción y todo programa de acción de responsabilidad corporativa se aprecia como una inversión (no un gasto) hacia el futuro y concretamente hacia una mejor sustentación de la empresa, mediante la creación de las bases que le permita competir con ventajas sobre otras empresas menos preocupadas socialmente.

3. A ello contribuyen diversos factores, como por ejemplo el innegable protagonismo que va adquiriendo en buena hora el consumidor. Protagonismo fáctico y también jurídico a través de la creciente regulación de defensa del consumidor. También es notorio que el consumidor o el eventual adquirente de los productos o servicios, toma en cuenta cada vez más en la toma de sus decisiones si la sociedad mercantil emplea productos amables con el medio ambiente o de respeto de exigencias sociales (como ser evitar el trabajo infantil). Ya en muchos casos no es más el precio lo que define la compra del producto. Obviamente que esto está en relación con la educación del consumidor y con su poder de compra, pero es visible que se va extendiendo este concepto. Y aquí es donde la legislación voluntaria en la materia apela por ejemplo a la aplicación de las "etiquetas sociales" para aquellos productos o empresas que aplican procesos o toman decisiones de conformidad con valores sociales o ambientales aceptados, asegurando que el producto y el fabricante cumplen con tales imperativos.

IV. La sociedad mercantil: ¿tiene también un rol social a cumplir?

1. Intentamos responder afirmativamente a este interrogante.

Primero. No sindicamos a la sociedad mercantil como un instituto de beneficencia o de filantropía por su sola existencia como tal (aún cuando curiosamente estas instituciones pueden asumir el esquema de sociedades comerciales). Estamos, como lo refiere la ley societaria, ante una institución mercantil, capitalista y en donde se pretende el lucro para sus socios.

Segundo. El título establece que si el rol social "también" es un rol a cumplir por la sociedad, lo que evidencia que el interés económico está presente y en modo alguno se pretende

desplazarlo ni siquiera de su primacía. No obstante lo señalado, cabe reconocer que la preocupación en aspectos ambientales así como en tener en cuenta los intereses de los "stakeholders" conlleva a una eficiencia en la relación de la sociedad para con sus empleados y en particular sus actuales y más aún sus futuros y eventuales clientes que ubica a la sociedad mercantil que demuestre tales preocupaciones en una clara ventaja comparativa en el largo plazo. Por tanto, atender a tales imperativos no es sólo una cuestión ética sino también estratégica de supervivencia societaria empresarial. El mundo es cierto se globaliza, pero también no es menos cierto que se vuelve más exigente y demandante de acciones éticas.

Tercero. No concebimos a las acciones de la empresa en el campo social como una "moda" pasajera o bien una simple conducta aislada de mercadeo. En este sentido, es necesario tener en claro que cuando una sociedad mercantil asume como pauta empresarial que ha de tener en cuenta a la hora de adoptar sus decisiones comerciales que la misma sea conforme a la "ética de los negocios" así como conforme al medio ambiente y al entorno social, tal convicción debe ser profunda y permanente en el tiempo. Dicho de otra manera, la sociedad mercantil no actuará éticamente o en forma socialmente responsable, sino que devendrá una organización ética y socialmente respetuosa. No es actuar como o parecerlo sino "serlo". No es un juego de palabras. No se demuestra por un tiempo como si fuera una moda sino que se debe asumir con convicción el compromiso. De lo contrario, también la argucia del mercadeo pasará factura cuando los consumidores tomen consciencia de que se trataba de una simple "lavada de cara" de la empresa para quedar bien o una fachada sin contenido ni otro propósito que el de lograr una ventaja inicial a costa de engañar al consumidor. El resultado será la desconfianza del consumidor, ahora mucho más difícil de desarraigar, y atacará finalmente a la maximización del valor de la sociedad comercial.

2. En suma, entendemos que la sociedad mercantil debe prestar atención a los intereses de los "stakeholders", dado que los mismos finalmente repercutirán —en el largo plazo— favorable o desfavorablemente a la creación de valor económico de la sociedad mercantil. Esta atención no debe ser prioritaria o debe dejar de lado el objetivo primario de la sociedad mercantil, sino que debe acompañar y complementar a aquél en la toma de decisiones empresariales.

V. *La responsabilidad social corporativa: ¿está comprendida en el interés social?*

Como se recordará, nuestros ordenamientos jurídicos exigen que los administradores sociales procedan en su gestión con la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios y actúen en consecuencia conforme al interés social. Ya hemos indicado que a nuestro entender el concepto siempre controvertido del “interés social” parece ahora separarse del “interés común de los socios” e ir hacia el “interés de la sociedad”, aunque esta evolución aún está en desarrollo. Obviamente lo que conviene a los socios generalmente ha de convenir a la sociedad.

Entonces, cabe analizar el problema teniendo en cuenta dos escenarios posibles.

Primero. Si consideramos con un criterio restrictivo y económico que el “interés social” hace únicamente a la creación de un mayor valor para la sociedad; en tal caso, entendemos que las acciones de responsabilidad corporativas –en cuanto comporten una estrategia empresarial en el mediano o largo plazo que genere ventajas comparativas para la sociedad mercantil– en su competencia en el mercado se encuentran perfectamente ubicadas y comprendidas por ese “interés social”. Por tanto, sus administradores podrán realizar las inversiones (entendiendo que no son gastos, aún las filantropías) necesarias para asumir ese compromiso con los “*stakeholders*” sin infracción al deber de buen hombre de negocios.

Segundo. En un concepto más amplio del “interés social”, el cual comprende no solamente el aspecto económico sino también el social y el medio ambiental, entiendo que las inversiones en acciones de responsabilidad social así como en la adopción de códigos éticos en la actuación en los negocios conforman una obligación asumida por la sociedad y por tanto de debido cumplimiento para sus administradores. El respeto a los intereses de los “*stakeholders*” estaría motivado en el respeto al estatuto y reglamentos de la sociedad así como en el concepto de que en una sociedad comercial “ética y socialmente responsable” el administrador social debe ser un “buen hombre de negocios ético y socialmente responsable”.

Bibliografía

- SATORRAS FIORETTI, Rosa. *Responsabilidad Social Corporativa. La nueva consciencia*. Ed. Bosch, Madrid, 2008.

- CASENOTES LEGAL BRIEFS. *Caso "Dodge contra Ford"*. Ed. Casenotes, 1998.
- OLCESE SANTONJA, Aldo. *El Capitalismo Humanista*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- DOBSON, Juan. "La creación de valor como deber de lealtad del administrador societario". Ponencia presentada al *X Congreso Argentino de Derecho Societario*. Libro IV. Córdoba, 2007.
- MILLER, Alejandro. *Sociedades Anónimas. Sindicación de Acciones*. Ed. AMF, Montevideo, 2009.
- FERREIRA, Héctor. "Tendencias sobre el interés social en una sociedad anónima. ¿Cuál es el interés que protegen los directores?" En *Revista de Derecho Comercial* número 3. Ed. FCU, Montevideo, 2010.
- PORTER, Michael; KRAMER, Mark. "The Competitive Advantage of Corporate Philanthropy". *Harvard Business Review*, 2003.