

## RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA, LEGITIMIDAD Y DERECHO DE LA CONCURRENCIA

*Liliana Isabel Hers*

### SUMARIO

La Responsabilidad Social Empresaria (R.S.E.) es una institución interdisciplinaria. La propuesta es establecer estándares de disciplina en el mercado vinculados con exigencias de transparencia, cuidado del medio ambiente, atención a la calidad de vida de clientes y consumidores, y el bienestar de los empleados y sus familiares, y la provisión de bienes públicos de la comunidad. Funciona reconociendo como carga a las empresas, la asunción de costos de provisión de recursos públicos o la elección de estrategias rentables en el largo plazo, involucradas con proyectos con aspectos sociales.

En el derecho, es un concepto ambiguo ligado a derechos humanos, con recepción constitucional y sin correspondencia normativa específica más allá del derecho del consumidor, sin embargo se refleja en un estándar de legitimidad y se dispersa en la normativa civil y comercial.

La R.S.E se relaciona, sin identificarse con las teorías interdisciplinarias de los stakeholders y de la gobernanza. Los conceptos de R.S.E se incorporan en figuras de responsabilidad “objetiva” o vicaria, y en el derecho societario en la responsabilidad hacia los terceros de administradores y controlantes y la interpretación sobre la legitimidad empresarial.

La ponencia sugiere que el espacio más apto para promover su generalización es el derecho de la concurrencia para estimular la incorporación de la figura.

**Ponencia:** *El espacio que más adaptación necesita en la actualidad, para el afianzamiento de los estándares de la R.S.E, desde el derecho es la*

*regulación de la concurrencia y el fortalecimiento de la legitimación de las organizaciones y sus normativas y comunicaciones.*



## FUNDAMENTOS

### **1. Hacia un concepto de Responsabilidad Social Empresaria (en adelante la R.S.E.)**

La comunidad tiene problemas de sustentabilidad nuevos y un registro más integral de los intereses legítimos a proteger incluidos en el bloque de los derechos humanos. La comunidad reclama el deber del estado de proteger contra abusos de derechos humanos, la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos y un mayor acceso de las eventuales víctimas a remedios efectivos, judiciales y no judiciales.

*La R.S.E. surge como un concepto teórico de la disciplina de administración, procurando dar respuesta a exigencias éticas de las organizaciones de la comunidad. La R.S.E. plantea una mejora de la transparencia empresarial, la disciplina del mercado, el medio ambiente, la calidad de vida de clientes y consumidores, el bienestar de los empleados y sus familiares, y la provisión de bienes públicos de la comunidad. La provisión para estos objetivos asignados a la empresa —desde el entorno— se realizaría, bien desviando recursos de la corporación privada o eligiendo estrategias rentables en el largo plazo, que las involucrara en proyectos con aspectos sociales.*

Existen dos alas en la doctrina de la R.S.E.; una provoluntaria, vinculada al marketing corporativo que encuentra una solución, cuando la exigencia de inversión en R.S.E., se recupera a través del marketing corporativo, y la otra proregulatoria (designada como el ala política) (Gill 2012).

Desde la práctica normativa, la *primera propuesta internacional fue la de la OCDE en 1976*, en tiempos de inicio de la globalización de la actuación de las multinacionales. El documento se llama “Guidelines for Multinational Enterprises”, consiste en recomendaciones y *el eje es la defensa de los derechos humanos.*

Las Guidelines —la última versión es del 2011— fueron elaboradas por los estados miembros de la OCDE con la colaboración de organizaciones empresarias, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil. Con ello se

pretendía uniformar los requerimientos asociados a la R.S.E, en materia de inversión de todos los estados miembros, evitando que se produjeran distorsiones en la competitividad y en los negocios. Los temas considerados en las Guidelines son las políticas de empleo y relaciones industriales, medio ambiente, los intereses de los consumidores, ciencia y tecnología competencia, tributación lucha contra el soborno, el pedido de sobornos y la extorsión. La transparencia es un tema esencial en la R.S.E., y está presente en el Pacto Global de las Naciones Unidas y otras herramientas autorregulatorias.

## **2. La R.S.E y la teoría de administración de los Stakeholders. Semejanzas y Diferencias**

La R.S.E. se relaciona con otra teoría de administración: la teoría de los stakeholders Desde los últimos cincuenta años, los conceptos de stakeholder y la R.S.E, se entrecruzan y se corresponden, comparten el concepto básico: la consideración del interés de los allegados a la empresa (los stakeholders). La relación estratégica con estos sectores hace a la sustentabilidad de la empresa como tal. De esta manera la consideración de los requerimientos legítimos de estos sectores hace a la viabilidad del proyecto empresario.

La teoría ética que funda el modelo de los stakeholders, considera que la responsabilidad fiduciaria de los administradores societarios incluye la protección del interés de los socios (shareholders) y simultáneamente la de los intereses de aquellos que contratan con la compañía, llamados stakeholders. Se asume que el órgano societario no sólo “administra” la sociedad sino también un “haz” de relaciones jurídicas que incluye todos los negocios de la sociedad con terceros.

La extensión del área de stakeholders incluida es el punto crucial. Los grupos son más o menos amplios incluyendo a los accionistas (shareholders), empleados, clientes, proveedores, la comunidad local, los competidores, los grupos de interés o en algunos casos los representantes de la sociedad civil, o el medio ambiente y los derechos humanos. En estos dos últimos casos, también debe definirse los interlocutores que representen esa esfera de interés.

La diferencia entre la teoría de los stakeholders y la R.S.E., es que mientras la primera considera la expansión de los intereses legítimos que debe

considerar la estrategia empresarial —agregando al los stakeholders—, el centro de la estrategia es el interés de la empresa (agregando el enfoque de su sustentabilidad de largo plazo), en la R.S.E., en cambio el objeto es el interés de los stakeholders.

### **3. La R.S.E. y la teoría de la gobernanza, semejanzas y diferencias**

La gobernanza, es una versión “aggiornada” de la autorregulación. La historia del derecho empresario está indisolublemente ligada a la autorregulación, Los estados receptan las normas privadas, y las aprovechan, como herramienta regulatoria, imponiendo cargas que las fortalezcan, difundíendolas, y adoptándolas para la interpretación de la actividad.

última década del siglo XX, se vivieron procesos que llevaron la atención a la problemática de “sustentabilidad” de la regulación societaria, la información que se generaba sobre las perspectivas de la participación accionaria y la inversión societaria era elaborada viciosa, desconsiderando los intereses legítimos de los tenedores de títulos corporativos y tenedores de acciones. Los resortes de control legales no funcionaron, y se precipitaron sucesivas crisis internacionales. La legislación resultó insuficiente para dar respuesta a un fenómeno que excedió el ámbito legal, involucrando prácticas del ámbito de las empresas cotizantes, y los auditores privados. Como respuesta de la comunidad se apoyó en recursos de autoregulación, que se articulan en una suerte de red, fortaleciéndose mutuamente, con el sistema legal. La autoregulación mutó o simplemente se renombró “gobernanza”.

Códigos de buenas prácticas, elaboraciones de índices, ejercicio de acciones tutelares colectivas, se sumaron al elenco de la regulación societaria. Los organismos internacionales promovieron la visión, y en las legislaciones nacionales se incorporaron normas que favorecían esta articulación. En Argentina se dictó en este marco el decreto 677/2001 de Transparencia del mercado accionario.

La problemática de la gobernanza tiene en común con la teoría de los stakeholders y la Responsabilidad Social Empresaria, la noción de la sustentabilidad, y la consideración de los intereses de los stakeholders.

### **4. La R.S.E y el derecho**

¿El concepto de Responsabilidad social tiene recepción en el derecho?

La R.S.E. habla de lo que la comunidad concibe hoy como buena fe. ¿Cómo incorporarla a la normativa, para fomentar con el soporte legal la ampliación de la actividad societaria, al desarrollo de objetivos de interés social de la comunidad que alberga a la empresa?

El sistema jurídico cuenta con una alternativa acotada de recursos para hacer promover la cooperación, facilitar la provisión de recursos a la comunidad y la distribución de riesgos: el derecho de responsabilidad, las cargas públicas y el derecho de propiedad.

1. Utiliza el derecho de la responsabilidad, para asignar los costos del azar (los daños), que consiste en asignar a un actor un costo, y a un perjudicado, el crédito por el monto del perjuicio sufrido.
2. Establece “cargas públicas” u “obligaciones fiscales” para proveer a la generación de los bienes públicos.
3. Establece derechos de propiedad, para promover la generación y proveer a la conservación de los recursos que ingresarán al común a través de la provisión individual, se usa el derecho de propiedad —en el sentido amplio que interpreta nuestra jurisprudencia.
4. El derecho de propiedad es el recurso más vigoroso, ya que “alinea” el estímulo individual, de quien debe realizar la acción socialmente útil, con su interés, al apropiarse de resultados de su acción, contando con el mejor estímulo para el efecto buscado, es adecuada al modelo de libertad y realización personal volcado en la ética de nuestra comunidad. En el modelo constitucional subyace una asunción en cuanto a que la generación de recursos apropiables, genera a su vez ventajas al común —las llamadas externalidades positivas, asociadas a las posibilidades que se otorgan a la comunidad (empleo, innovación tecnológica, etc.)—.

#### *4.1. R.S.E. y la el Derecho de la Responsabilidad civil*

La responsabilidad civil, es un tecnicismo jurídico, que se utiliza para asignar los costos del azar (los daños), imponiendo el costo del riesgo a una persona, en virtud de hechos —reconocidos como causa— que la hacen imputable. La esencia de la responsabilidad es su exigibilidad, en la responsabilidad existe un polo (sujeto) acreedor —quien puede reclamar la cobertura de la responsabilidad— frente a un polo (sujeto) deudor.

*¿La llamada responsabilidad social empresaria se relaciona con la cobertura de riesgos, o se trata de casos de provisión de bienes públicos?*

Si la exigencia excede la cobertura de riesgos imputables, la R.S.E. sería un costo tributario, sin embargo, la comunidad no indica aplicar de un determinado porcentaje de las ganancias a un tributo, o la inversión directa de dicho monto en a objetivos de determinada naturaleza, sino que se requiere una actitud general de empatía con objetivos de bien común y una actuación filantrópica<sup>1</sup>.

El argumento de fondo es el reconocimiento que la empresa que se beneficia del mercado para generar su rentabilidad, compense por esa oportunidad a la comunidad que da vida al mercado. Desde esta perspectiva, el mercado funcionaría como una “ventaja externa”, o “externalidad positiva” para el empresario, y el imperativo moral impondría la internalización de sus costos, al empresariado que lo aprovecha. Se plantea un *quid pro quo*, y a partir de allí, se impone un mandato moral de asunción de incumbencia.

Un segundo fundamento, plantea la asignación del riesgo del desarrollo al sector empresario. Se requiere de las empresas que a su vez devuelvan las ventajas externas de las que se benefician sin contraprestación, o en su caso compensen la creación del riesgo, que generan, en forma de aportes socialmente útiles. Pero la falta de posibilidad de estimar las equivalencias y de precisión en la causalidad de imputación de los costos impide realizar una asignación de responsabilidad legal. El planteo, y la necesidad resultan legítimos, sin embargo el mecanismo de atribución no lo es. Resta un desarrollo teórico que permita darle fundamento y sustentabilidad<sup>2</sup>.

El derecho de la responsabilidad civil promueve conductas de R.S.E., al imponer una mayor diligencia en la preservación de la sustentabilidad

---

<sup>1</sup> Las exigencias sociales en R.S.E, tienen características locales e históricas. La R.S.E es diferente en Europa Continental, que en USA, o los países en proceso de desarrollo. Mientras en Europa las compañías contribuyen básicamente a través del sistema tributario, en USA, hay una tradición de filantropía (Kakabadse, Rozuel, & Lee Davies, 2005).

<sup>2</sup> Un ejemplo de esta dificultad es la regulación de la figura de los daños punitivos en la normativa de defensa del consumidor. Claro ejemplo de introducción de un estándar de R.S.E, cuya constitucionalidad es cuestionada y no logra aceptación en el ámbito judicial.

de los vínculos con los stakeholders, y la alineación del derecho con estas necesidades sociales se expresa en las modificaciones últimas del derecho de la responsabilidad civil. Así la incorporación de tipos denominados “objetivos” que facilitan la aplicación de principios de responsabilidad civil, —responsabilidades por riesgo creado, o incumplimiento de obligaciones de diligencia o custodia— vinculada con la normativa de prevención específica.

La normativa sobre responsabilidad directas de los administradores societarios hacia terceros, la normativa específica de responsabilidad por daño ambiental, las responsabilidades del productor y titular de la marca por el daño generado por el producto, sumada a las responsabilidades por los daños generados por la información defectuosa o errada, todas incorporadas en la ley de defensa del consumidor, la responsabilidad vicaria del operador de internet, desarrollada por la jurisprudencia, y la responsabilidad del organizador de eventos mediáticos incorporados en la ley 23.184, la elaboración jurisprudencial, compensando la mora legislativa, en materia de legitimidad ampliada, facilita y viabiliza la presión social hacia conductas compatibles con la R.S.E.

#### *4.2. La R.S.E. y el derecho societario*

El derecho societario clásico se cristaliza alrededor de 1930, en la obra ahora clásica norteamericana de Berle y Means (Berle & Means, 1932), y considera la sociedad abierta, que cotizaba su capital en la bolsa y contaba con un socio inversor ajeno al interés de la sociedad frente a unos gerentes autócratas que “disponían” de los recursos de la sociedad, muchas veces en desmedro del interés de los dueños del capital. El “modelo” considerado es el del shareholder. Por otro lado, atiende a los riesgos de la contratación condicionados por la “personificación” que implica la patrimonialización societaria y lo regula un sistema para la imputación de obligaciones al patrimonio común, su alcance y excepciones.

Normas de orden público preservan el incentivo a la inversión y acotan el riesgo a los terceros. La vigencia del incentivo a la inversión societaria, de interés público también está protegida con el régimen de información y con la prioridad del interés patrimonial del socio, sobre su participación en el capital. Las normas intrasocietarias, no consideraron intereses diferentes a los de los shareholders, en el tiempo que se consolida la regulación societaria vigente, se entendía que la actividad privada, cumpliendo

con la legalidad, beneficiaba al bien común simplemente persiguiendo sus fines privados.

Desde esta perspectiva, la llamada R.S.E. es una filantropía con dinero ajeno, y una incitación al fraude (violación al deber fiduciario que los administradores tienen para con los dueños del capital), más propia de Robin Hood que de un administrador responsable<sup>3</sup>.

El Derecho societario facilita la incorporación de prácticas de R.S.E. cuando la normativa —regulatoria o jurisprudencial— considera la legitimación societaria, El funcionamiento del régimen de responsabilidad societaria, promueve la R.S.E, por el efecto del precedente. También se fomenta la incorporación de prácticas consistentes con la R.S.E, cuando se establecen cargas de información que faciliten la transparencia, como se promueve desde la normativa legal y la regulación administrativas. Las modificaciones en torno a la ley de Mercado de Capitales establecidas en la ley 26.831.

#### *4.3. La R.S.E. y el derecho de la concurrencia*

La R.S.E. surge para hacer la empresa sustentable, es decir que en su base está asociado a los intereses de ésta, ¿Qué área del derecho se involucra con los recursos que fortalecen la vigencia de la empresa en el mercado? Sin dudas es el derecho de la concurrencia. El derecho de la concurrencia protege la imagen empresaria, le otorga credibilidad a la misma, regula la publicidad y la lealtad en la concurrencia.

Las acciones filantrópicas de las sociedades comerciales tienen más probabilidad de crecer cuando simultáneamente generan activos intangibles, para la empresa o reducen costos, esto es cuando pueden incorporarse al patrimonio neto, en concordancia con el objeto del contrato societario. Por otro lado, las alternativas regulatorias, más acordes a nuestro sistema constitucional son aquellas en las que coincide el respeto al interés del actor, con el interés público vinculado al resultado de la actuación, se trata de las que permiten apropiarse del beneficio de la inversión: El survey de Pricewaterhouse sobre Sustentabilidad del 2002, consideraba que el 75% de las empresas relevadas tiene algún abordaje de la temática de R.S.E. en el desarrollo de su estrategia, para mejorar la reputación

---

<sup>3</sup> Milton Friedman en un célebre, breve y polémico artículo de 1970 calificó a la R.S.E como un robo.

el 90%; buscando ventajas competitivas y reduciendo costos, el 75%, y el 73% alineándose con la tendencia del mercado, a pedido del público o el management empresario. (Pricewaterhouse Coopers, 2002).

La reputación —imagen empresaria— se relaciona con su potencialidad de generar utilidades, la inversión en imagen se vuelca al valor de la marca que puede contabilizarse y registrarse en el patrimonio empresario. La marca es un recurso del derecho de la competencia. En un mercado global, existe la necesidad empresaria de lograr identidad global en el proceso de actuación transnacional, para obtener legitimidad en ambientes institucionales foráneos ante nuevas clientelas y stakeholders. (entidades financieras locales, público local, ONG, etc.). Es una oportunidad para fomentar acciones consistentes con la R.S.E., a partir de la actuación de las organizaciones no gubernamentales que promueven, difunden y controlan la adopción de estándares de conducta.

El riesgo, es como en el caso de la normativa legal, la falta de control y la llamada “captura” por parte de los intereses “controlados”. Se requiere organizaciones que efectúan un seguimiento de la veracidad de las declaraciones de principios y los avances empresarios en ponerlos en práctica. La legitimación a las organizaciones no gubernamentales, depende del auxilio del Estado, asegurando su transparencia, promoviendo su acción, y articulando su acción con la regulación legal.

El efecto sinérgico de desarrollo de técnicas de management y presión social a través del impulso de las organizaciones se manifiesta en el uso de normas de calidad para medir el desempeño de R.S.E., la publicación de índices de medición, la mayor exigencia de marketing en torno a las llamadas “marcas blancas”, y la misma presión en el seno de las empresas como se verifica en el caso de la incorporación de protocolos empresarios.

El derecho de la lealtad comercial, la regulación de la competencia publicitaria, el derecho del consumidor, y el derecho de las asociaciones civiles es el resorte jurídico que más puede aportar para incorporar estos estándares: En la medida en que la práctica regulatoria facilite y promueva, las acciones de distinción marcaria, a través de acciones de R.S.E. (registro y publicidad de la incorporación de códigos de buenas prácticas, certificaciones de calidad, acciones, legitimación a las organizaciones no gubernamentales para el control de la veracidad de los registros, y la posibilidad de su impugnación, registro de sentencias condenatorias en casos

de responsabilidad civil por conductas contrarias a la R.S.E) y extienda a esta información cuando quepa, la protección de los signos distintivos marcarios, más se facilitará la uniformación de estándares de R.S.E.

El nudo está allí, el tiempo y la subsistencia del criterio, puede hacer el resto.

### **Bibliografía**

BERLE, A., & MEANS, G. (1932), *The Modern Corporation and Private Property*, Nueva York.

DOBB, E. M. (1932), For Whom are Corporate Managers Trustees? *Harvard Law Review*, 45 (7), 1145-1163.

FRIEDMAN, Milton. (septiembre de 13 de 1970), The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits, *New York Times Magazine*.

GILL, A. (2012), Corporate Governance as Social Responsibility: A Research Agenda, *Berkeley Journal of International Law*.

HERS, Liliana Isabel, Ponencia "La Responsabilidad Social Empresaria", "Una institución en el marco de la Gobernanca", II Congreso de Gobernanca, Centro para el estudio de la Gobernanca del Sector Público y del Sector Privado (CEGOPP), UCEMA 2013.

MONTUSCHI, Luisa; Ponencia: "¿Contribuye la ISO 26000 a la consolidación de las acciones de Responsabilidad Social en la operatoria de las organizaciones?", II Congreso de Gobernanca, Centro para el estudio de la Gobernanca del Sector Público y del Sector Privado (CEGOPP), UCEMA, 2013.

PAGE, A. (2009), Has Corporate Law Failed? Addressing proposals for reform, *Michigan Law Review*, 107.