

La empresa comercial frente a la comunidad: Empresas B

*Raúl Aníbal Etcheverry**

Resumen

El trabajo, luego de analizar brevemente algunos principios del orden jurídico y la realidad del mundo empresario, se pregunta si el lucro es el motivo central de las empresas comerciales y cuál es la posición de las empresas frente a la comunidad.

Se presenta un subtipo de sociedades que llamamos “empresas B”, sobre la base de la figura similar norteamericana (Benefit corporations) y se plantea la necesidad de crear una figura legal nueva.

Palabras clave: empresas, lucro, empresas con o sin fin de lucro, empresas y comunidad, responsabilidad empresaria, empresas B, tipo social.

Abstract

A new DNA business is growing, which will use the power of the market to give structural solutions to social and environmental unbalances. Benefit

* Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Diploma de Estudios Avanzados y Doctorado calificado como sobresaliente cum laude en la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Miembro fundador y vicepresidente de la International Academy of Consumer and Commercial Law y miembro de la Academia Interamericana de Derecho (FIA). Director de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor del Doctorado en Derecho de la UBA. Árbitro internacional del CIADI y CCI; árbitro en casos nacionales. Es autor de más de veinte libros y más de cuatrocientos trabajos publicados en revistas jurídicas del país y del extranjero; etcheverryraulanibal@gmail.com.

Corporations or “B Corporations” are the amalgamation between corporations and non-profit-making organizations.

B Corporations have been created from the idea of commercial companies though they include a social objective. In fact, they combine Abstract: A new DNA business is growing, which will use the power of the market to give structural solutions to social and environmental unbalances. Benefit Corporations or “B Corporations” are the amalgamation between corporations and non-profit-making organizations.

B Corporations have been created from the idea of commercial companies though they include a social objective. In fact, they combine profitable as well as benefit purposes.

B Corporations are the answer to new social requirements; they are not similar to any other legal type; therefore, the creation of a new type of these corporations in order to cover all their peculiarities will be required.

B Corporations are the answer to new social requirements; they are not similar to any other legal type; therefore, the creation of a new type of these corporations in order to cover all their peculiarities will be required.

Keywords: corporations, commercial companies, benefit purposes, profitable purposes, new social requirements.

1. Sistema y derecho

La noción de sistema involucra definir un mecanismo sistémico que debe ser comprensible y coherente, en el cual convergen distintos conceptos, figuras y estándares, que interactuarán armónicamente.

La palabra “sistema” es de diversa aplicación en el derecho; sucede que nuestro lenguaje es pobre como para poder emitir toda la familia de conceptos, nociones y figuras necesarias para la expresión, análisis y concepción de lo que el orden jurídico quiere significar.

“Sistema jurídico” es una referencia imprecisa que alude a todo el ordenamiento, que no siempre opera de manera armónica, debido principalmente a la diversidad de las fuentes.

El Derecho es un orden de principios, reglas y estándares que pretenden la paz, la seguridad y la armonía para los ciudadanos.

Es también es una red social escrita, que busca la justicia a través de la creación de un sistema normativo.

El orden jurídico tiene como objetivos la composición del conflicto de intereses, el castigo de prácticas contra la naturaleza básica del ser humano o sus derechos humanos, el ordenamiento de las conductas, la justicia y la justicia social, el perfeccionamiento de la convivencia de una sociedad, en paz, orden, progreso y desarrollo.

El profesor argentino Ciuro Caldani, con cita de Goldschmidt, señala que el derecho es el conjunto de todos los repartos, valorados por la justicia y descritos e integrados por normas.¹ El derecho no se crea sin trabajo, exigencias o toma de decisiones que, en ocasiones, deben imponerse con fuerza.

La normativa se va elaborando en la dinámica de la lucha por el derecho, según la recordada invitación de Ihering.

Esta batalla será emprendida por los seres nobles² pero debe ser seguida por todos; ésta es una obligación moral. Ha dicho Cicerón que el bien de la sociedad debe ser el objeto o el fin de los estudios y de las ciencias.³ La ciencia del derecho no es una excepción, porque ella busca denodadamente el bien de la sociedad en cuanto está formada por una comunidad de seres humanos.

Enseña Laclau: “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”.⁴ Dice también Laclau: “Dentro del querer

1. C. CALDANI, *Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico-sociales*, p. 113.
2. J. ORTEGA y GASSET, *La rebelión de las masas*, p. 110, en la cual escribe, siguiendo a Goethe; “el noble aspira a ordenación y a ley”. Dice Ortega que noble significa “conocido”, conocido por todos, el que se ha dado a conocer en el mundo, el famoso, que sobresale de la masa anónima por su esfuerzo.
3. M. T. CICERÓN, *Los deberes*, citado, p. 94. ARISTÓTELES, en su *Ética a Nicómaco*, dice que “cualquier arte, cualquier doctrina y también, toda acción o elección parece que a algún bien es enderezada”.
4. M. LACLAU, *Sendas del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, citado, p. 9.

vinculatorio propio de la vida social, cabe distinguir entre el derecho y las convenciones sociales (reglas de cortesía, modales en el trato con los diversos individuos, reglas del lenguaje hablado y escrito, normas referidas a la etiqueta y al honor, etc.).⁵ 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 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”.⁶ Y sigue: “Este concepto de sociedad servirá a Stammler para alcanzar una neta separación entre el derecho y las reglas convencionales [...] el querer vinculatorio se caracteriza por articular las voluntades de los distintos individuos como medios recíprocos en sus relaciones. Ahora bien, si la articulación de los fines de los individuos depende de la misma voluntad vinculatoria, nos encontramos en el ámbito del derecho y la vinculación reviste el carácter de fija y permanente. Si, por el contrario, la articulación de fines hállese librada al arbitrio de los individuos vinculados, la vinculación ya no será permanente, sino que habrá de realizarse en cada caso concreto. Las convenciones sociales entrañan una simple invitación a los individuos que han de vincularse; en el derecho, por el contrario, el querer vinculatorio es autárquico, esto es, se substraen a la voluntad de los individuos vinculados y se impone a éstos”.⁷

Finalmente, dice Laclau: “Stammler distingue al derecho de otro tipo de querer vinculatorio y autárquico, constituido por las órdenes emanadas de un individuo poseedor de la fuerza sin título alguno que lo justifique. El problema que se plantea es la diferenciación existente entre el poder

5. Cita Laclau: Cfr. R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1928, pp. 80-81.

6. Cita Laclau: Cfr. R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1928, p. 79.

7. M. LACLAU, *Sendas del Pensamiento Jurídico en el siglo XX*, p. 10.

jurídico y el poder arbitrario. Claro está que este deslinde habrá de efectuarlo en el plano lógico y conceptual en el que se mueve. Un querer, como vimos, es autárquico a condición de que sea el querer vinculatorio mismo, y no la aquiescencia de los individuos vinculados, el que decide respecto a la vinculación entre los diversos fines. Ahora bien, esta decisión determinante de la voluntad vinculatoria que constituye la autarquía puede adoptar dos modalidades formales: se presenta como una decisión que se manifiesta en cada caso concreto, o se concibe como algo permanente. En el primer caso, nos encontramos frente a manifestaciones aisladas del capricho imperante en cada momento; en el segundo caso, en cambio, el querer se nos presenta como algo inviolable, caracterizado por la permanencia uniforme en la vinculación de los fines humanos. De más está decir que, para Stammler, la nota de inviolabilidad no excluye la posibilidad de que el orden jurídico vaya cambiando sus normas concretas en el curso de la historia; lo único que afirma es que el derecho vigente en un momento dado no puede quedar sin efecto merced a un simple capricho individual.⁸ Las normas emanadas de un poder arbitrario no sujetan a quien las dicta: sólo se limitan a proclamar un querer vinculatorio que el titular del poder acata en caso de quererlo, pero sin estar obligado a ello. El derecho –insiste Stammler– es una ordenación permanente de la vida social y, en cuanto tal, no sujeta a las veleidades de quien ocupa el poder”.⁹

Luego de leer y meditar sobre estos pensamientos, viene a la memoria la cuestión del “estado de excepción” que plantea Agamben,¹⁰ preocupante en tanto es común la tentación de los gobiernos, al querer modificar el orden dado y adaptarlo a sus gustos y necesidades, lo cual puede hacer peligrar los derechos de los ciudadanos y en especial, su libertad.

El derecho se dirige a los seres humanos, desde la concepción hasta su muerte. Pretende encauzar sus virtudes, pasiones, necesidades y debilidades, sus odios, rencores y amores. Sólo se detiene en circunstancias en que el ser humano ejercita su más íntima libertad, uno de sus bienes más

8. M. LACLAU, *Sendas del Pensamiento Jurídico del Siglo XX*, citado, pp. 10 y 11.

9. Cita Laclau: Cfr. R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1928, p. 92.

10. G. AGAMBEN, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2010, 4ta Edición, *passim*.

preciados. El camino del ser humano es vivir desviándose incesantemente, como ha escrito Kafka.¹¹

El sistema jurídico es el resultado de la necesidad de conciliación de las voluntades y las necesidades.¹² El derecho se va creando mediante el intercambio de ideas y en la recepción por parte del Estado Constitucional Democrático del discurso, elaborándose una teoría que sostiene una “corrección práctica”, normativa, diferente de las concepciones contractualistas que sostienen la importancia de la “negociación”.

Mediante la “argumentación” se forma, en el Parlamento principalmente, el Estado de Derecho. Los legisladores proponen razones y exponen necesidades. La argumentación parte de un sinnúmero de derechos individuales que se prestan a la corrección mediante normas.

Señala Alexy que la teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección práctica. Una norma sería correcta, y por lo tanto válida, cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, a saber, el de un discurso práctico racional.¹³ La teoría del discurso es un procedimiento de argumentación, que une en un núcleo los conceptos de corrección, del juzgar y fundamentar racionales y del discurso racional. Esto apartaría, según este autor, las teorías procedimentales de la tradición hobbesiana, por ejemplo, las teorías contractualistas de Buchanan y Gauthier.

Pero el discurso y las razones, por poderosos que sean, no deben interferir en el libre ejercicio de los derechos, que son la expresión de la justicia.

Es directa la relación entre derecho y justicia y podemos afirmar que es similar a la que existe entre el derecho y la paz. Ha señalado el distinguido profesor brasileño Wald:¹⁴ “La gran ruptura que ocurrió a finales del siglo veinte consistió en la creación, el reconocimiento y la generalización de una nueva economía que modificó profundamente la estructura social y

11. F. KAFKA, *Parábolas y paradojas*, p. 100.

12. R. POUND, *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 62.

13. Ver R. ALEXY, “Ley Fundamental y teoría del discurso”, trad. Cardinaux, Clérico y D’Auría (eds.), *Las razones de la producción del Derecho*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), 2006, páginas 19 y 20.

14. A. WALD, “El nuevo código civil brasileño y el solidarismo contractual”, en RCDO, Argentina, Tomo 2006-A, p. 65. Ver también: J. RIFKIN, *The age of access*, Jeremy P. Tarcher y G.P. Putnam’s Sons, Nueva York, 2002.

posibilitó, de hecho, la creación de la sociedad de masas. Aunque la transformación se realizó en forma gradual, lo que se notó a partir del fin de la segunda guerra mundial, fue que sus efectos comenzaron a percibirse de forma más acentuada en los últimos diez años, en todos los países, como consecuencia del enorme y rápido desarrollo tecnológico, que generó mayor competencia en todo el mundo, pero también de la globalización y de la desmaterialización parcial de la riqueza, lo que se reflejó en todos los aspectos de la sociedad e, incluso, en el derecho”.

Junto a los actos en masa, de los que también hablara Ascarelli, las nuevas sociedades industriales, han desarrollado la producción de servicios y productos premium, es decir, muy especiales para un mercado de gran exigencia, poco número y gran poder económico. Sin embargo, la producción en masa siguió adelante, junto a la especializada, debido al aumento y diversidad de la población mundial, a la mejora en sus niveles de vida y a la paz general que, aunque con excepciones, se ha logrado desde la “guerra fría” hasta nuestros días.

La globalización es un hecho que, como toda realidad natural o humana, tiene efectos positivos y negativos. La aceptación universal de los derechos humanos y su defensa es una de sus consecuencias positivas. En ella está empeñada esa fuerza silenciosa que habitualmente se llama “opinión pública” y muchos de los intelectuales que han visto con claridad el problema.

Existe un ciclo inevitable que señala que, a la mayor inserción social y al mayor bienestar, la colectividad aumentará sus requerimientos de más bienestar y de un mejor modo de ejercer la libertad. Esta realidad es probable hoy, por ejemplo, en China y otros países.

Cada vez menos se practican políticas de izquierda o de derecha; se buscan soluciones pragmáticas y concretas adaptándose a la realidad y a las exigencias de la sociedad, aunque hasta el momento puedan considerarse salidas parciales y a veces propuestas a modo de prueba.

Es el único camino para que se desarrollen nuevas creaciones sociales que pretendan mejorar la vida en sociedad, que permitan que el derecho encamine, delimite y transforme en normas concretas las buenas ideas y las rectas intenciones. No solamente de los individuos, sino de las personas.

2. Las empresas y el lucro. El I+D+i

Empresas son organizaciones o estructuras que se presentan como una unidad sistémica, apta para buscar diversos fines. Es decir, hay empresas comerciales, industriales, de servicios, con objetivos benéficos, cooperativos, filantrópicos o bien para servir a los intereses de un grupo. Tienen diversas expresiones legales y es claramente distinguible la llamada “empresa comercial o mercantil” de las demás, aunque las distancias se siguen acortando y las diferencias a veces, no resultan tan nítidas.

Es extendida la opinión de achacar posiciones meramente economicistas a las empresas mercantiles. No es cierto que el principal motor del empresario sea el lucro. Puede serlo en muchos casos, pero en general, al emprendedor se le presenta la idea de crear y desarrollar una serie de negocios, como una fuerza vital cuyo premio principal será el éxito del proyecto.

Descontado que el empresario privado desea ganar dinero con su emprendimiento, en forma legal y correcta, este móvil, siempre lo creímos, no es la primera motivación de la actividad empresarial. Esta afirmación, que despertará la sonrisa escéptica de algunos, es real y verdadera.

La fuerza principal del empresario es su deseo fuerte y vital de que su proyecto tenga éxito. El empresario en general, necesitará obtener ganancias y tendrá que afrontar pérdidas, pero estamos persuadidos, si pensamos en el conjunto de las empresas comerciales, que su principal motivación será ver y comprobar el resultado de su inventiva, sus habilidades, su esfuerzo y su trabajo.

Y en esta cruzada, el emprendedor cuenta con una herramienta que hoy es extraordinaria: el avance digital, informático y los nuevos desarrollos producto de la investigación y el talento creativo de muchos investigadores. Por ello, una cuestión fundamental, es la creación y transferencia de nueva tecnología.

Muchos estudios comparativos ponen de manifiesto que existe una correlación entre la riqueza de un país, medida por su renta per cápita, y sus inversiones en Investigación, Desarrollo e Innovación (I+D+i), hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que los países más desarrollados no invierten en I+D+i porque son ricos sino que son ricos porque invierten o han invertido en ese campo.

Las ciencias más influyentes en estos caminos, son la química, la física, las matemáticas, las ciencias de materiales y las ingenierías. Pero nada escapa al orden jurídico, salvo las acciones privadas, personales.

En nuestro país, la contribución del sector empresarial al esfuerzo en I+D+i es inferior a la de otros países, a pesar de la puesta en marcha de incentivos para la colaboración público-privada; esta insuficiencia contrasta significativamente con las capacidades científicas desarrolladas. Todo se relaciona con la estructura del tejido productivo, dominado por pymes en sectores tradicionales y de baja intensidad tecnológica; pero existe un reducido número de empresas que tienen una estrategia sistemática de inversión en I+D+i.

En definitiva, un modelo económico basado en la generación de conocimiento sólo tendrá éxito si se garantiza la estabilidad del sistema de investigación en términos de recursos económicos y humanos y si hay un sector privado que, más allá de las declaraciones de intenciones, apueste de verdad por la investigación y la innovación.

Resulta contradictorio mantener una retórica de cambio a un modelo productivo basado en el conocimiento, mientras que muchas de las medidas que se adoptan no van en la dirección adecuada. La investigación en nuestro país es, actualmente, una prioridad que se halla bajo examen.

3. Las empresas y su posición en la sociedad

Está bien que se sostenga el aparato del Estado con impuestos siempre que se limiten los gastos improductivos o los que no permitan la proyección hacia fines de riqueza y bienestar; así como que se predique al cumplimiento del pago de tasas e impuestos por los ciudadanos. Por otro lado, es útil que se entienda que los funcionarios y jefes de la administración pública en todos sus niveles, que son servidores públicos, deben ser servidores de la comunidad a la que pertenecen.

En Argentina, son muy pocos los beneficios que se otorgan como recompensa a las empresas que proyectan su actividad a lo social. Deberían ser mayores e invitarse a que estas actividades sociales se multipliquen en un país que afortunadamente tiene mucho voluntariado desinteresado y generoso trabajando, pero sigue necesitando más.

La organización empresarial es una figura común, aunque no es idénticamente tratada por el derecho, tanto para empresas sin fines de lucro como para las que tienen el opuesto objeto social. En Argentina, está exageradamente separado y es exclusivo y excluyente legalmente, el campo de las empresas que buscan beneficios para sus miembros y las que no tienen ese fin.

Como en el arte, la gama de colores es interminable y es errado sostener una concepción maniqueísta de la empresa.

Las sociedades civiles y comerciales son creadas, según la ley, siempre para obtener beneficios y luego distribuirlos entre sus miembros. Su objeto puede ser producir o intercambiar bienes o servicios; pero si sus dueños tienen inquietudes sociales, sólo una pequeña parte será reconocida como donación deducible.

Otros tipos legales se organizan para otros fines: las asociaciones, fundaciones, cooperativas y otras figuras. No pueden procurar un lucro y menos distribuirlo entre sus miembros.

No existe la posibilidad jurídica de crear una organización de objeto mixto, que combine fines de lucro repartibles y fines de cooperación en un campo social –o varios– de la comunidad.

Los fines que no son de lucro, no necesariamente tienen proyección social. Pueden ser fines no lucrativos de un grupo cerrado, que decide organizarse como empresa eligiendo algún “tipo” legal.

Todas las clases de empresas se necesitan en una sociedad moderna y desarrollada.

4. Las empresas B

En las economías de mercado en las que existen empresas de capital privado se sugiere a las empresas comerciales que incorporen a su actividad y fines ciertas actividades que no signifiquen lucro directo o maximización del valor de los bienes comprendidos en la organización y en la gestión. Sólo se trata de una sugerencia o invitación, nada más.

Las empresas B¹⁵ son una idea positiva vinculada a la creación humana, su dinamismo y búsqueda incesante del bien social.

No ha sido logrado todavía el concepto definitivo de “empresa B”. Es una idea en desarrollo que se expande por el continente y que logrará su precisión por aproximaciones sucesivas.

15. El nombre se vincula a empresas de bienestar o empresas de bien público. En EE.UU. se utiliza la locución “B corporations” (benefit corporations). Aquí, puede utilizarse éste o cualquier otro nombre.

Confiamos en que la investigación,¹⁶ en su máxima intensidad, ayude a aclarar y despejar el concepto, aplicable a la realidad existente y al futuro cercano.

Trataremos de elaborar un resumen de las principales fuentes y prácticas y mostrar el estado actual de esta nueva estructura empresarial que comienza a percibirse y cuya necesidad es indiscutible.

Se habla de “un nuevo ADN empresarial” que utilizará el poder del mercado para dar soluciones estructurales a los desequilibrios sociales y ambientales.

Hay trabajos y proyectos en varios países de América Latina sobre este concepto y también en América del Norte, no existiendo aún una unidad conceptual y menos una estructura jurídica característica como los “tipos” de las empresas civiles o comerciales del derecho de los Códigos.

No poseemos aún, como hemos dicho, un concepto preciso, pero sí son muy firmes las ideas y los objetivos.

Se parte de una idea social: en América Latina hay pobreza y desigualdad; los ecosistemas se deterioran rápidamente. Hay en el mundo una crisis financiera y ambiental que también llega a nuestra región.

El crecimiento de América Latina está basado en la explotación de sus importantes recursos naturales. Hay un estado de expectación social que se convierte en una gran oportunidad. Las riquezas bien explotadas pueden transformar a la región en una superpotencia, aprovechando la unión y el acercamiento que les da la integración en sus diversas manifestaciones.

Es cierto que el proceso de integración de la región de Sudamérica es un poco anárquico, tal como lo son las políticas de la región. Pero también lo es el potencial enorme a desarrollar. Debemos comenzar por volver a analizar los “tipos” conocidos, las estructuras societarias en búsqueda de lucro para sus integrantes: las sociedades.¹⁷

16. Z. BAUMAN, *Sobre la educación en un mundo líquido*, Paidós, Buenos Aires, 2013, p. 21, citando a BATESON y los tres niveles de educación; en el tercero, se encuentra la investigación, que permitiría “desmembrar y volver a organizar el marco cognitivo predominante”.

17. El artículo primero de la ley de sociedades comerciales señala: que “habrá sociedad comercial, cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

Las empresas B son una idea que, arrancando de las empresas comerciales y utilizando el poder del mercado, las hacen motor de proyección y solución de problemas sociales y ambientales. Junto a ello, buscan un reconocimiento especial de la comunidad por parte no sólo y no principalmente del Estado, sino de todos los sectores que la componen. El primer problema, que es el de reconocer cuándo una empresa es “B”, se puede solucionar a través de organismos que hagan evaluación, certificación y control privados, independientes y reconocidos.

En nuestro medio, las empresas comerciales, generalmente organizadas jurídicamente como sociedades, tienen a los rendimientos financieros, a las ganancias, como su principal fin cumplido a través del ejercicio de las actividades que se originan en su objeto social; casi no se concibe empresa comercial sin que exista la búsqueda del beneficio y su consecuente reparto.

Si observamos la definición legal de sociedad, siempre este elemento se encuentra incluido, en nuestros países; en Argentina, tanto la definición de la ley sobre la sociedad comercial, como la de sociedad civil hablan de que siempre se intenta obtener una ganancia que se repartirá entre los socios.¹⁸ El mismo criterio se da en Brasil, aunque en este país, al menos en teoría, ya no se concibe a la empresa comercial sin un fin social.¹⁹

El artículo 1648 del Código Civil dice: “Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado”.

18. Con excepción, claro está, de las asociaciones que asumen la forma societaria: artículo 3 de la ley de sociedades comerciales.

19. En 2011 se propuso al Congreso de Brasil la redacción de un nuevo Código de Comercio. En la Constitución del Brasil el orden económico y social cuenta con los siguientes principios (artículo 160):

1. Libertad de iniciativa.
2. Valorización del trabajo como condición de dignidad humana.
3. Función social de la propiedad.
4. Armonía y solidaridad entre las categorías sociales de la producción.
5. Represión del abuso del poder económico.
6. Expansión de las oportunidades de empleo productivo.

Varias actividades consideradas esenciales no pueden ser desarrolladas por extranjeros o el Estado.

En contraste, las asociaciones y las fundaciones, en principio, no tienen ni pueden tener fin lucrativo ni repartir cualquier ganancia que hubiese, entre sus componentes.²⁰ Ello no quiere decir que no puedan realizar actos de comercio o especulativos, pero no como objeto principal.

Tampoco se reparten los beneficios de las cooperativas (ley 20337), que se consideran entes que sí obtienen beneficios económicos, pero respecto de sus componentes, sólo les procuran ahorros de gastos.

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”.²¹

La figura es una caracterización que puede variar según los autores y lograr más o menos éxito entre juristas colegas que la acepten o no.

La “figura” es una creación de la inteligencia, valoración, armonización y adaptación, que se emplea para significar o exponer un modo de pensar y que se aplicará a diversos “casos” de la realidad, en relaciones entre seres humanos.

El supuesto de hecho es múltiple, variado y constantemente presenta formas novedosas, variantes, aspectos y miradas distintas.

Esa relación entre intérprete (jurista, juez) y supuesto de hecho es la que permite una elaboración que se presenta al resto de los actores del mundo jurídico.

Cuando en derecho mercantil decimos “empresa”, no expresamos lo mismo que un jurista dedicado al derecho del trabajo o un especialista en derecho público.

20. El Código Civil, con una vieja redacción, parece sugerir que las asociaciones, que son entes distintos de sus miembros, deben tener como “principal objeto” el bien común. Esto ha sido interpretado como que no es posible ni obtener beneficios ni ganancias, ni mucho menos repartirlos entre los componentes (artículo 33 cuando se refieren a las personas jurídicas de carácter privado, apartado 1 de la segunda parte).

Es más claro el régimen más moderno de las fundaciones, plasmado en la ley 19836 de 1972. En su texto, las reconoce como personas jurídicas, se prohíbe el propósito de lucro y se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines.

21. J. RODRÍGUEZ MANCINI, “La ‘figura’ y el estándar en el derecho del trabajo”, en *La Ley*, del 22/03/2013, Buenos Aires.

Y cuando mencionamos a las “empresas B”, nos estamos refiriendo a supuestos de hecho para los cuales hace falta una nueva “figura”.

5. Hacia el tipo social o “figura” de empresas B

Aunque toda la referencia vaya hacia el concepto común de “organización”, el aspecto que se desea resaltar de la figura fáctica de empresa estará orientado hacia alguna cualidad o hacia determinados efectos del supuesto normativo que se examina.

Para construir el modelo de empresas B, no se parte de las construcciones legales conocidas que hemos mencionado u otras ya incluidas en la legislación de fondo. Se busca un nuevo modelo que tendrá que tener su inserción en el sistema normativo escrito vigente.

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

En Estados Unidos ya empezó en 2007 este movimiento con la creación de B-Lab, que desarrolló en ese país un conjunto de más de 500 Empresas B (o B Corporations, como son llamadas en inglés) en más de 60 industrias y con un nivel de facturación colectiva en el orden de los 3.000 millones de dólares. Teniendo en cuenta esta experiencia, el Sistema B se propone inaugurar e impulsar un mercado sudamericano para ciudadanos, empresas e inversionistas de impacto.

La idea se desarrolló teniendo en cuenta que debían buscarse entes independientes que acreditaran la pertenencia al sistema B de las empresas.

Las Empresas B son certificadas utilizando como herramienta la Evaluación de Impacto B (B Impact Assessment)²² desarrollada por B-Lab e implementada exitosamente en el mundo por su transparencia, dinamismo, independencia y credibilidad. Una vez certificada, la Empresa B esta en condiciones de:

- a) Demostrar estándares rigurosos de impacto social y ambiental positivos al lograr el mínimo puntaje requerido en el proceso de certificación.

22. La B Impact Assessment es una herramienta de gestión gratis y confidencial para aquellas empresas orientadas por una misión social que excede o acompaña la generación de lucro.

- b) Distribuir legalmente, entre sus accionistas, la responsabilidad empresarial al considerar los intereses de la comunidad, los trabajadores y el medio ambiente en la toma de decisiones.
- c) Co-construir una voz colectiva al pertenecer a la comunidad de Empresas B reconocidas bajo una única marca.

Vale la pena aclarar que mientras que no exista una figura legal de Empresas B (Benefit Corporations), las obligaciones aquí incluidas se circunscriben estrictamente a las relaciones entre los accionistas y su gerencia y administración, sin un eficaz impacto social positivo.

Concluimos con algunas ideas y pautas generales para lograr la implementación de estos nuevos modelos.

Existen dos aspectos claves. En primer lugar, el Sistema B apoya tanto a aquellas empresas que logran certificarse como a aquellas que no lleguen al mínimo requerido. Mientras los servicios para las primeras se focalizan en desarrollar una agenda de trabajo para que logren convertirse en Empresas B, el apoyo para las que lo logran se centra en escalar, movilizar y multiplicar su impacto. En segundo lugar, el modelo se apalanca en un sistema de apoyo compuesto por actores multisectoriales que son esenciales para impulsar a la Empresa B. Entre ellos deben destacarse las instituciones académicas, los fondos de inversión, las organizaciones de la sociedad civil, y especialmente el sector público. Con este último, una de las tareas del Sistema B es promover oportunamente en Sudamérica una legislación que institucionalice y otorgue claridad legal a las Empresas B distinguiéndolas de otras categorías tales como la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada, la cooperativa y otras.

El Estado debiera favorecer y alentar la creación de estas empresas que benefician a la comunidad y le ayudan a cumplir sus propios fines.

El sector público tiene un rol fundamental en la promoción de este nuevo paradigma. No basta sólo con la convicción individual de emprendedores y empresarios en transformarse en una Empresa B o de crear nuevas empresas bajo estos principios. Es fundamental contar con un marco regulatorio adecuado, que vaya en directo beneficio a la sociedad a través de una comunidad de Empresas B, con el objetivo de diferenciarlas, promoverlas y resguardarlas estructuralmente.

Hay noticias que nos llegan por Internet y otros medios de que este movimiento se consolida en EE.UU.: ya son ocho los estados que han aprobado

un marco regulatorio específico para la Empresa B y cuatro los que están en proceso de hacerlo. En California, Hawaii, Nueva York, Virginia, Maryland, Nueva Jersey, Illinois y Vermont la legislación ya permite a una empresa registrarse como B-Corporation. Esta nueva forma legal surge de la necesidad de dar respuesta a un creciente número de emprendedores e inversores que entienden a la empresa comercial como medio para resolver problemas sociales y ambientales. Para esos empresarios con inquietudes sociales y para organizaciones de lucro o sin fines de lucro pero orientadas por una misión social o ambiental, hace falta un nuevo camino, social y legal.

Una justa regulación de derecho, ofrece la necesaria protección legal para quienes incorporan, en la toma de decisiones, intereses no-financieros.

También los ciudadanos tienen un nuevo modelo disponible, ya que, como consumidores y trabajadores eligen a este tipo de compañías a la hora de comprar o de decidir dónde trabajar.

En los Estados Unidos de Norteamérica es sabido que la legislación sobre organización legal de las empresas es federal. Pero ello varía levemente según cada Estado. Sin embargo, hay unas pautas comunes, una legislación modelo que refleja el contenido y estructura básica de la ley de Empresas B. Existen tres disposiciones principales en la legislación sobre Empresas B que son comunes a todos los Estados. Estas reglas hacen referencia al propósito empresarial,²³ rendición de cuentas y transparencia, y establecen que una Empresa B debe tener: 1) el propósito empresarial de crear un impacto material positivo en la sociedad y el medio ambiente; 2) la ampliación de las responsabilidades fiduciarias de los directivos de la empresa para que éstos incluyan consideraciones de intereses no financieros y de largo plazo en la toma de decisiones de naturaleza corporativa; y 3) la obligación de reportar sobre su comportamiento social y ambiental bajo estándares independientes, comprensivos y creíbles.

En nuestros países, en cambio, mientras no exista el marco regulatorio correspondiente, las Empresas B certificadas se rigen según la figura jurídica que sus fundadores hayan optado para su creación (ej., SA, SRL, etc.) y ello, es hoy insuficiente, porque en nuestra opinión aun las reglas estatutarias podrían resultar formas que no otorgan seguridad a la operatoria o conducir al conflicto.

23. El propósito empresarial se refleja en la misión de dicha empresa.

Hay que comenzar entonces una reconstrucción de los esquemas legales antiguos para lograr un tipo nuevo que contemple todos estos intereses.

De acuerdo a las estructuras jurídicas vigentes en nuestros países, es posible insertar estas nuevas ideas en Sudamérica, que, una vez comprendidas, tendrán gran aceptación.

Argentina tiene su gran oportunidad de pautar ya mismo estos principios, aprovechando que tiene en curso una reforma profunda del derecho privado, a través de la unificación de los Códigos Civil y Comercial. Brasil también, teniendo en cuenta que allí se discute la redacción de un nuevo Código de Comercio, como ya anticipamos; aunque tal debate se demora. Lo ideal, en nuestra opinión, es crear un tipo nuevo.

De ser posible, hay que reformar la estructura de la sociedad mercantil, admitiendo otros fines que no sean únicamente el lucro directo en su objeto social, aceptando que las ganancias no tengan como fin ineluctable el de ser distribuidas entre los socios, agregando cargas de responsabilidad especial para la alta gerencia, los directores, los accionistas y aun para el órgano de control, cuando existiese uno establecido.

Las cuestiones esenciales de nuestro tiempo, sin que nuestra idea pretenda ser antropocéntrica, son las que hacen al ser humano, como el desarrollo y mejor interpretación del genoma humano, la mejora biológica del hombre, atendiendo no sólo a su salud sino a la integridad de sus derechos humanos, con especial valorización de la dignidad humana en la cual la libertad y la justicia ocupan un lugar primordial, junto a la salud y la educación.

Entre todas ellas, que están relacionadas estrechamente, está la necesidad de una solidaridad o caridad mayor entre los seres humanos y que ella se refleje en la economía global.

Esta conducta solidaria puesta de manifiesto por varias religiones y por la valiosa acción de muchas ONGs, constituye una necesidad incontrovertible.

6. Conclusiones

Las conclusiones de esta presentación radican en un punto fundamental: difícilmente se pueda lograr un “tipo” seguro legalmente hablando, que profile a las empresas B como un nuevo modelo comercial, sin que se practique una reforma normativa.

En nuestra opinión, debe crearse una figura nueva o establecer una alternativa similar a la que nos proporciona el artículo 3 de la ley de sociedades

comerciales, pero dirigida a construir una figura societaria, que contenga los principios de la empresa comercial junto a la acción solidaria frente a la comunidad en su objeto, que será especial.

Mientras tanto, es recomendable que la veintena de empresas que se autotitulan “B” existentes en nuestro país, si desean desarrollar una permanente acción de responsabilidad o solidaridad social concreta, deban seguir actuando, fortificando los instrumentos legales que pueden sostener ese tipo empresario. Pero este camino no da la seguridad jurídica integral a los empresarios que la han creado, a su CEO, su management, al órgano de control, ni a los propios socios.

Bibliografía principal

- Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 4ª Edición, 2010.
- Alexy, Robert, “Ley Fundamental y teoría del discurso”, trad. Cardinaux, Clérico y D’Auria (eds.), *Las razones de la producción del Derecho*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), 2006.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*. Introducción, Traducción y Notas de José Luis Calvo Martínez, Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- Bauman, Zygmunt, *Sobre la educación en un mundo líquido*, Paidós, Buenos Aires, 2013.
- Caldani, Ciuro, “Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral (reimpresión en *Revista del Centro de Investigaciones...*), 1967.
- Cicerón, Marco Tulio, *Los deberes*. Traducción directa del latín, prólogo y notas por Agustín Blánquez, Editorial Iberia, España, 1946.
- Kafka, Franz, *Parábolas y paradojas*. Traducción: Gustavo A. Baum, Ed. Fraterna, 1979.
- Laclau, Martín, *Sendas del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, Editorial Abeledo Perrot, 1ª Edición, 2011.
- Ortega y Gasset, José, *La rebelión de las masas*, Revista de Occidente, Madrid, 1961, 35ª edición.
- Pound, Roscoe, *Introducción a la filosofía del derecho*, Tea, Buenos Aires, 1972.

- Rifkin, Jeremy, *The age of access*, Jeremy P. Tarcher y G. P. Putnam's Sons, New York, 2002.
- Rodríguez Mancini, Jorge, "La 'figura' y el estándar en el derecho del trabajo", en *La Ley*, del 22/03/2013, Buenos Aires.
- Stammler, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1928.
- Wald, Arnoldo, "El nuevo código civil brasileño y el solidarismo contractual", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Tomo 2006-A, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.