

“El Interés Social y los Deberes de los Administradores frente a la Sostenibilidad Empresarial”

por Marcelo Barreiro

Nos toca participar de esta publicación de DECONOMI en homenaje a uno de los más grandes maestros del Derecho Comercial de nuestro país: Efraín Hugo Richard.¹ Un hombre generoso a más no poder, con sus conocimientos y con su amistad, polemista enjundioso, convencido pero afable, siempre a mano para una consulta, una tenida académica o para la organización de un evento aportando todo su *know how* (aun cuando supiera que quizás no iba a estar presente físicamente en el),

Desde la primera vez que compartí un ámbito académico con el me dispense un inmerecido trato de par, invitándome y dándome participación en cuanto evento se hiciera en la querida Córdoba o en cualquier otro lugar del país.

Herederero de una riquísima historia del Derecho Mercantil en la provincia que hizo propia, hizo con su herencia lo mejor que se puede hacer, generar legados. Son muchos los excelentes docentes, abogados y abogadas, doctrinarios que siguen su huella y a los que siempre prohijo, acompañó y reconoció. Lo mejor que puede tener quien es líder y guía es la opinión de los que estuvieron bajo su ala, y allí él cosechaba las mejores. Pero no solo era maestro en Córdoba, lo era siempre y en todo lugar, y de ellos podemos dar fe todos los que recibimos su consejo, su acompañamiento, su debate (Hugo nos ponía en una mejor condición, nos elevaba, al elegirnos para una tenida académica). Lo hizo también en el querido Instituto Iberoamericano de Derecho

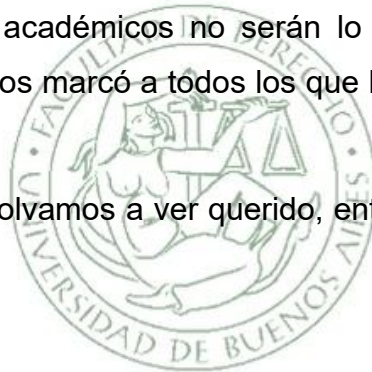
¹Elegimos uno de los temas a los que Hugo exploró (entre miles): La responsabilidad social empresarial. Ver, entre otros: “La responsabilidad del estado (¿o responsabilidad social?)”, en Boletín Primer Semestre 2014 de “Agrupación Trejo” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, “Utilidad inmediata de la doctrina de responsabilidad social empresarial”, publicado en Responsabilidad social empresarial, XVI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, libro de ponencias, Coordinador Ricardo A. Nissen, Santa Fe 27 y 28 de agosto de 2009, Ed. Universidad Nacional del Litoral, pág. 226. Fue Córdoba de su mano quien incorporó en nuestro Congreso nacional esta temática en la Comisión III, en el X Congreso de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 3; 4; 5 y 6 de octubre de 2007, La Falda, Córdoba, donde tuve el honor de presidir la misma.

Concursal que fundamos unos pocos en Barranquilla hace 20 años, y donde fue despedido con dolor y con amor por profesores y colegas de las más diversas latitudes.

Compartimos aventuras académicas desde hace más de treinta años en el país y en el exterior, debatimos con fuerza y buena fe sobre los más diversos temas (los procesos concursales, su finalidad y eficiencia, la responsabilidad de los administradores entre otros), participamos y organizamos innumerables homenajes en su honor, algunos compartidos con su entrañable némesis (Ariel Angel Dasso), compartimos bailes y fiestas, nos reímos a mansalva durante tres días en Roma junto a Ariel padre previo a un Congreso en Benevento.

Los encuentros académicos no serán lo mismo sin él. El mundo, nuestro mundo tampoco. Nos marcó a todos los que lo conocimos. Nos deja su legado.

Hasta que nos volvamos a ver querido, entrañable y enorme *menino do inferno*.



1. Introducción. El Reseteo del Capitalismo:

El siglo XXI ha marcado un punto de inflexión en la concepción del propósito empresarial. La antigua máxima de que "la única responsabilidad social de las empresas es incrementar las ganancias para distribuir entre sus accionistas"² ha sido desafiada por una creciente idea de que las sociedades ya no pueden tener solo la búsqueda del lucro como objeto o finalidad.³

Este cambio ha llevado a una **ampliación de los valores que integran la agenda empresarial** generando lo que se conoce como Responsabilidad Social Empresaria (RSA). A la que Richard define como "la

² Milton Friedman, "The social responsibility of business is to increase its profits", in Des Jardin, J. R. and J. MC Cal, Contemporary issues in business ethics, Wadsworth, Belmont, California, 2000.

³ Antiguamente algunos de estos valores eran puestos en práctica por la empresas mediante políticas de caridad, filantropía o mecenazgo.

contribución activa y voluntaria al mejoramiento social, económico y ambiental por parte de las empresas, generalmente con el objetivo de perfilar su situación competitiva y valorativas y su valor añadido”.⁴ Coincidimos con el maestro en que el cumplimiento de las leyes laborales, ambientales o fiscales -por más que algunos de sus ítems toquen temas de RSA- no son responsabilidad social empresaria sino el acatamiento “de las obligaciones que cualquier empresa debe cumplir simplemente por el hecho de realizar una actividad”. Esto es lo que Duprat⁵ define como RSE instrumental, en tanto ella importa atender la garantía y protección de los productos, el bienestar de los empleados, la buena fe publicitaria en cumplimiento de las leyes que imponen esas obligaciones.

Pero no es a ella a la que vamos a referirnos en este trabajo , ni tampoco a la que Duprat define como “estratégica”, entendiéndola como una serie de “decisiones, que pueden presentarse como meras liberalidades (financiar algún programa para la comunidad, apadrinar una escuela, implementar un sistema de becas educativas, etc.), pero que encuadran dentro de las exigencias del interés social y son capaces de aumentar la riqueza de la sociedad”, con las que se aspira a obtener algún tipo de beneficio económico para la sociedad e indirectamente para los socios, beneficiando a terceros.

La RSA de la que pretendemos ocuparnos en la denominada por dicho autor como “**intrínseca**”, que tiene como finalidad y pretensión que los administradores hagan lo que consideran correcto aunque esto implique beneficiar intereses distintos o, incluso contrapuestos, a la sociedad y a sus socios. Hay en esta última para Duprat una desvirtuación del sistema estructural y funcional de la sociedad, y una obstaculización al cumplimiento de sus fines.

El desarrollo original de la RSA tocaba esencialmente cuestiones medioambientales, pero su contenido se ha ido extendiendo, y ha derivado hoy día en el concepto de **sostenibilidad empresarial**, que se asume como un criterio más amplio: ejercer responsablemente la actividad en el largo plazo en lo económico, social y ambiental pensando en un mundo mejor y en el legado a

⁴ Richard, Efrain Hugo, “Utilidad inmediata de la doctrina de responsabilidad social empresaria”, citado.

⁵ Duprat, Diego, “Responsabilidad social de la empresa”, L.L. 2009-C, pag. 783.

las futuras generaciones. Ello exige un uso eficiente de los recursos, una innovación responsable, modelos de gestión transparentes y éticos, una mirada que no se agote en los titulares de la empresa y en la maximización de sus beneficios, mas una visión de largo plazo.

Este "reseteo" del capitalismo implica un cambio en los patrones de crecimiento hacia un **modelo económico con visión social**, donde -como principio- no se puede "hacer cualquier cosa para ganar dinero".⁶

Inicialmente, la Responsabilidad Social Empresaria (RSA) tuvo una génesis voluntaria en el marco de una impronta ética.⁷ Y así lo sostenía el maestro Richard en la comunicación referida más arriba.

Sin embargo, la sostenibilidad empresarial ha trascendido este modelo convencional para convertirse en una norma aplicable en diversas legislaciones (empezando a salir del *soft law*). De las ideas iniciales del "Libro verde" de generar un marco de integración voluntaria de las empresas en sus relaciones con los terceros y con el ambiente en función de entender que ello depararía éxitos comerciales futuros duraderos, se ha ido pasando -al menos en Europa- a la consideración de normativas de cumplimiento obligatorio por parte de aquellas y sus administradores, lo que parecería estar cambiando el contenido de nociones tradicionales del derecho societario como el interés social y el deber de lealtad.

DECONOMI

2.- Dejando atrás el esquema voluntario:

Obviamente no es aquel modelo de asunción voluntaria de los patrones RSA el que cuestionamos (el principio básico rector del derecho privado patrimonial, incluido el societario, debe ser la autonomía de la voluntad). En él,

⁶ La agenda 2030 de la ONU, con sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), es un claro ejemplo de ello.

⁷ Unión Europea, en su Libro Verde (2001) señala: "Es la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores", destacando aquella condición voluntaria.

es obvio que por la propia decisión libre del ente y sus dueños (los socios) la aplicación de los principios derivados de la sostenibilidad no solo son exigibles, sino que terminan tiñendo y modificando la noción de interés social y del deber de lealtad de sus administradores. Casi por aplicación de la doctrina de los “actos propios”, que ello resulta obvio.

Pero no es sobre ello que planteamos nuestro análisis y, a la vez nuestra preocupación, sino hacia el abandono de las hipótesis voluntarias o de *soft law* hacia esquemas de ley pura y dura que importan una modificación sustancial del sistema societario, sus principios y sus fines.

Ya Richard advertía en ese trabajo del año 2009 sobre la aparición incipiente de propuestas de “mayor intervencionismo público en estas materias, en particular en lo que se refiere a la información que deberían aportar las empresas sobre los efectos medioambientales y laborales que provoque su actividad”.⁸

En un trabajo conjunto Favier Dubois y Spagnuolo refieren con claridad como tanto en doctrina como en alguna jurisprudencia en otros países este fenómeno empieza a verse expuesto instando en las decisiones empresarias a atender no solo los intereses propios y de los accionistas sino los de largo plazo así como la protección de los “stakeholders”.⁹

En este sentido, **las directivas de la Unión Europea** (la 2014/95 y la UE 2022/2464), han impulsado a la **información no financiera** (ahora renombrada como "información sobre sostenibilidad") como un parte de un informe obligatorio para las empresas a las que aplica, aunque aún no se establecen sanciones ante el incumplimiento de ello. Estas directivas buscan medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto social

⁸ Lo postula a partir del informe Aldama en España en 2003, que parece exigir un cambio normativo que exija a las empresas informes más cualitativas y de mediano y largo plazo, que las cuantitativas y de corto plazo o de impacto más inmediato de los informes económicos y contables, según nos ilustra.

⁹ Ver “Sociedades comerciales y derechos humanos. Auto regulación, imperatividad y alcances”, en principios y presupuestos del derecho societario del siglo XXI, donde remiten al trabajo de Recio, Juan Ignacio, “Ganancias y pérdidas en las Sociedades Anónimas”, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2023, pág. 180 y sgtes. para ver un amplio desarrollo de la cuestión.

para una transición hacia una economía mundial sostenible siguiendo la agenda 2030.¹⁰

La última Directiva, aplicable desde el 1.1.2024, amplía el elenco de sujetos alcanzados por esta obligación a todas las grandes empresas y a todas las empresas que cotizan en mercados regulados, incluyendo PYMES cotizadas y empresas no europeas con cierto volumen de negocios en la UE.

En sintonía, en España, la sostenibilidad empresarial se ha integrado explícitamente en el "interés social" como noción genérica para las sociedades cotizadas¹¹. En dicho país, la ley CREA Y CRECE (del 18/12/2022) transponiendo la Directiva Europea 2017/828 crea las sociedades **SBIC** (de beneficio e interés común) que utilizan recursos privados para obtener un triple objetivo o impacto positivo en la sociedad: económico, social y ambiental. Pretende incentivar a las sociedades a que actúen con propósito con lo que se intenta la reformulación del modelo económico para hacerlo más justo, sostenible y equitativo.¹² Estas sociedades no tienen beneficios ni fiscales ni económicos sino que apuntan a un valor reputacional que las beneficiara por la elección de los consumidores o porque tendrán más accesibilidad a los créditos financieros, sí este sistema también cambia sus principios. La gran duda que plantea el modelo para la doctrina en España es si toda sociedad puede aspirar a ser SBIC o solo aquellas que posean activos financieros suficientes para poder dotar parte de sus partidas presupuestaria a encaminar y cumplir los principios ESG sin poner en riesgo su propia conservación.

¹⁰ Este es un plan de acción adoptado por 193 estados miembros de la ONU con el objeto de lograr un desarrollo sostenible, equilibrando el crecimiento económico, la inclusión social y la protección ambiental cuyo núcleo duro son los 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) que debían alcanzarse en el año 2030, con 169 metas y más de 230 indicadores. Ya hay una fuerte movida con la opinión de múltiples expertos para extender los ODS y la consecución de la agenda al 2050.

¹¹ El Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, en su Recomendación 12.^a, establece que el interés social debe guiarse por la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, conciliando este interés con los legítimos intereses de los empleados, proveedores, clientes y otros grupos de interés (stakeholders), así como el impacto en la comunidad y el medio ambiente. Ver, entre otras, EMBID IRUJO, J.M./VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, 2016.

¹² Las hay también en la legislación italiana -societa B-, Francia, EEUU: Benefit corporations, Reino Unido: community interest companies, Canada, Peru, Colombia, Ecuador.

En el Reino Unido (Companies Act del año 2006) establece expresamente que el interés social debe ampliarse para integrar estos conceptos, ampliando los deberes de los administradores.

3.En que consiste la RSA:

En la RSA (o sostenibilidad empresarial según el modelo actual) se establece la incorporación de objetivos tradicionalmente públicos a la gestión de las sociedades.

Los valores que conforman este nuevo paradigma¹³ atienden a las medidas que adopta una empresa para reducir su impacto ambiental, contribuir a un mundo más amable para la comunidad e implementar políticas justas, equitativas y responsables en su gestión. Estos incluyen desde la administración de recursos y prevención de la contaminación y el aporte a un desarrollo mundial sostenibles, hasta la promoción de la salud y seguridad, el respeto a los derechos humanos, la no discriminación e implementación de políticas de género, así como el incremento de la diversidad en el directorio y la transparencia en la gestión financiera.

DECONOMI

En definitiva es un variopinto elenco de medidas y conductas que la sociedad debe asumir frente al medio ambiente, a sus empleados, a sus proveedores, a sus clientes y al colectivo social que integra. Así, Carroll¹⁴ ha expresado que la responsabilidad social de la empresa abarca las expectativas económicas, legales, éticas y discrecionales de la sociedad, en un momento determinado de tiempo.

¹³ Los principios ESG.

¹⁴ A. J., Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct of business and society, 1999.

Todas ellas que exceden largamente las tradicionales conductas esperables a adoptar por las empresas y sus administradores a los fines del cumplimiento del interés social y del deber de lealtad exigible.

4. El Debate y el Impacto en los Deberes de los Administradores:

La integración de la sostenibilidad al mundo del derecho empresario ha generado un **debate fundamental** en la doctrina -jurídica y económica-:

Postura negativa: Una postura sostiene que el fin social es público, exclusiva responsabilidad de los Estados, y que cualquier asunción de intereses por parte de los administradores sociales, fuera de los *shareholders*, es una "deslealtad" para con el deber primordial de aquellos, aceptando las políticas de sostenibilidad solo como política voluntaria.¹⁵

En esta sintonía **puramente voluntaria**, las nuevas figuras societarias, como las Sociedades de Beneficio e Interés Común (SBIC), son un ejemplo claro de cómo las entidades, aún con ánimo de lucro, pueden buscar - sí así lo deciden, y solo en tal caso- alcanzar objetivos económicos, sociales y ambientales, con un **control sobre el cumplimiento de dichos fines mediante la rendición de cuentas y la divulgación de información no financiera**.

Para esta postura no es deber de los actores privados la asunción del cumplimiento de estos bienes u objetivos públicos como el sostenimiento del medio ambiente, u otras políticas públicas como el desarrollo local, la educación, el deporte, igualdad de géneros, etc. que deberán asumir sus costos sin poder beneficiarse de sus externalidades positivas. Volveremos sobre ella al plantear nuestra posición.

¹⁵ PAZ-ARES, Cándido, «Principio de eficiencia y derecho privado», en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, volumen 3, 1995, págs. 2843-2900.

Postura admisiva: La postura contraria defiende que esta integración de valores es exigible a todas las empresas más allá del lucro, y que a la larga traerá beneficios para la sociedad (beneficios a largo plazo), constituyendo entonces una reconfiguración del interés social así como importando una ampliación del **deber de lealtad de los administradores**. En esta consideración, se entiende que existen una serie de valores **para económicos** a los que la sociedad debe adscribir, y que ellos a la larga traerán una clara mejora económica en el desarrollo empresarial, atendiendo -y presumiendo- la existencia de un consumidor que está mutando, y que sus decisiones de consumo no solo las adopta desde un puro costado económico. A ese valor reputacional (en el que se fija el consumidor no comportándose solamente con racionalidad económica) es el que le apunta este modelo.

Para quienes sostienen esta posición, es indudable que la sostenibilidad empresarial no es una opción, sino una **necesidad ineludible y un imperativo legal y ético** que redefine el propósito y la gestión empresarial en el siglo XXI. La integración de los factores ESG en el "interés social" de la empresa y en los deberes de los administradores sería entonces una realidad que se consolida a través de la normativa internacional y nacional. Aunque el camino hacia una gobernanza empresarial sostenible presenta desafíos y debates sobre la asignación de costos y beneficios, así como la discrecionalidad de los administradores, la creación de valor a largo plazo y la legitimación ética, social y política que estas políticas generan, son -en este criterio- beneficios innegables para la empresa y la sociedad en su conjunto.¹⁶

Se produciría con ello, un **cambio de paradigma fundamental** que redefine los conceptos tradicionales del Derecho Societario.

Quienes sostienen esto, entienden que la noción de "interés social" ha evolucionado desde la mera suma de los intereses de los accionistas hacia una concepción más amplia, que debe considerar "el valor e interés de los terceros vinculados a la empresa".¹⁷ Ahora, se entiende como la consecución de

¹⁶ Generando un "círculo virtuoso".

¹⁷ Mercado Sala, Jose P., RCCyCD, Sociedades, doctrina, año X, nro. 3, pag. 233.

¹⁷ Sala Mercado, obra citada.

un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico, procurando **conciliarlo con los legítimos intereses de los empleados, proveedores, clientes, otros grupos de interés y el impacto en la comunidad y el medio ambiente.**¹⁸

Así, Sala Mercado¹⁹ sostiene que “la causa fin de la sociedad necesariamente va más allá del simple ánimo de lucro como resultado, pues se pretende que la actividad empresarial sea también afín con la responsabilidad social empresaria, lo que implica que también debe observarse: el cuidado del medio ambiente, los derechos humanos, la función social...los objetivos compatibles con la agenda 2030 de la ONU para el desarrollo sostenibles..., igualdad de género, trabajo decente y crecimiento económico...”.

A consecuencia de ello y en una reinterpretación evolutiva del concepto de sociedad a la que apunta el autor, parecería que los administradores, en su rol de "buen hombre de negocios, deben observar no solo la rentabilidad económica, sino también el **cuidado del medio ambiente, los derechos humanos y la función social.** La evolución del concepto de sociedad exige una "reinterpretación evolutiva" de sus elementos, lo que ampliaría la esfera de sus deberes más allá de la mera maximización de ganancias. Este autor entiende que la "viabilidad social" se suma a la viabilidad económica como una condición para la continuidad de la sociedad, y que en ella están inexorablemente integrados estos valores.

En ese sentido, entendemos entonces, que el cumplimiento de los principios de sostenibilidad podría **generar responsabilidad para los administradores** si se entiende que la relación con los *stakeholders* integra el "interés social" y redefine el deber de lealtad.

5.- Nuestra posición:

¹⁸ Esta ampliación del interés social es explícitamente reconocida en legislaciones como el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas en España y el *Companies Act* en el Reino Unido.

¹⁹ Jose P., RCCyCD, Sociedades, doctrina, año X, nro. 3, pag. 233, junio 20

De lo hasta aquí expuesto, surge un debate crucial: si la asunción por parte de los administradores sociales de intereses más allá de los *shareholders* es una "deslealtad" para con su deber primordial o si, por el contrario, esta integración de valores es exigible a las empresas más allá del lucro y, a la larga, trae beneficios para todos, constituyendo parte del **deber de lealtad exigible**.

Y, en ese caso ¿Cómo toma la decisión el administrador cuando existe una crisis entre el interés social tradicional y esta nueva aportación? Además, se plantea si la adopción de estas políticas se convierte en un deber impuesto que reduce la discrecionalidad de los administradores y si sus beneficios a largo plazo justifican los costos de implementación? ²⁰

En nuestro criterio, no existe posibilidad de entender que ha sucedido una modificación sustantiva del concepto de interés social (incorporando a los *stake holders* como parte del mismo), ni la aparición de nuevos y más amplios deberes de los administradores -dentro del deber de lealtad- hacia sujetos que no sean la propia sociedad y los socios de la misma. Ello salvo que se hubiera adoptado este modelo voluntariamente.

Coincidimos con Duprat²¹, quien escribió sobre el tema hace largo tiempo, en el sentido de que entendemos que **no es el derecho societario quien debe ocuparse de proteger dichos intereses**, "en particular a través de una desmedida ampliación del concepto de interés social y la consecuente alteración del orden de lealtades de los administradores". El autor se pronuncia a favor del esquema societario tradicional conocido como modelo contractual o *stockholder*, contra el modelo comunitario o *stake holder*. A ello adherimos.

En punto a la defensa del esquema contractual y el mantenimiento del criterio tradicional de definición del interés social y de los deberes de los administradores Duprat postula en el trabajo citado: 1.- El esquema tradicional

²⁰ Parece que ello podría interpretarse así en la aplicación de las directivas europeas referidas traspuestas en la legislación interna de los países (ej. España).

²¹ Obra citada.

dice, siguiendo a Henry Hanssman²², reduce los costos de obtención del financiamiento, 2. Siendo la sociedad un contrato (aun en la hipótesis unipersonal) su objeto o fin no puede ser otro en primer término que la maximización de la rentabilidad, que es aquello por lo cual la sociedad se formó²³. Entiende el autor que no hay mejor juez para la toma de las mejores decisiones societarias que aquel que se llevara las peores consecuencias por una mala gestión; 3. Los costos de agencia: el otorgarle a los administradores un interés social ampliados y un deber de lealtad extrapolado a terceros ajenos, parece habilitar un mayor deber de discrecionalidad de estos y, como contrapartida, una menor posibilidad de control y cuestionamientos de sus conductas por parte de aquellos que los designaron.

Tampoco existe en nuestro criterio, la posibilidad de entender que dichas modificaciones al sistema societario, su estructura y definiciones puedan derivarse o aplicarse coercitivamente por la mera adhesión de nuestro país a algún tratado internacional (ej. París con su agenda 2030), y que este sea directamente exigible en su cumplimiento por parte de los entes jurídicos privados, cuando es clara e indisputablemente una obligación asumida por el Estado.²⁴ En un tratado internacional, el obligado al cumplimiento es el Estado, no los particulares directamente, siendo aquellos los que asumen la responsabilidad de implementar las disposiciones del tratado a nivel interno, a través de su legislación y políticas. Sí de ello se derivara la sanción por parte de nuestro país de una ley con obligaciones específicas distinta sería la cuestión.

En definitiva no puede considerarse que exista un deber fiduciario o de agencia de los administradores para esos terceros dentro del marco de la ley societaria y de nuestro sistema legal (y más allá de la clara obligación que todo sujeto de obedecer y cumplir las leyes de nuestro país).

²² “The ownership of Enterprise”, The Belknap Press of Harvard University, 2000, p. 256.

²³ Cita como ejemplo contrario la ley de sociedades alemana bajo el nazismo de 1937. Esta norma, inspirada en la concepción de la empresa de Walter Rathenau durante la República de Weimar, que sostenía que las empresas -sociedades- debían estar incardinadas al bien común y que, en tal sentido, eran tan importantes para la comunidad que debían protegerse por parte del Estado, incluso, de sus propios dueños.

²⁴ Es llamativo hoy una vuelta de tuerca sobre esta temática donde significativos país y sus líderes (EEUU por ejemplo) reniegan de dicha agenda. Nuestro país -su gobierno actual- parece militar claramente en esta postura.

Seguimos considerando que es el Estado quien debe ser el sujeto activo de las políticas públicas, y que los privados colaboran con ellos, en primer lugar, a través del pago de los impuestos que deberán ser responsablemente asignados para cumplir con la finalidad estatal. Y, en segundo lugar, regulando con políticas específicas los estándares mínimos a los que deben ajustarse las actividades empresarias para cumplir los fines tendientes a la consecución del bienestar general como sostiene Duprat.

Por otro lado, encontramos severas dudas en considerar que sean los administradores de las miles de empresas de nuestro país los más competentes para definir en cada caso concreto como asignar los valores ESG a la gestión empresarial. Esta asignación de recursos tanto por falta de preparación específica sobre el particular como por la no existencia de una visión estratégica de país a su cargo (que no está en cabeza de ellos sino de la política), tendera a ser habitualmente ineficiente. En este sentido Richard²⁵ sostenía, que sí bien “Doctrinariamente sana, esta visión se enfrenta con una falta de preparación de las personas concurrentes, y esa concepción parte de la existencia de un estado de prosperidad que no existe, pues enfrentamos una crisis de crecimiento insuficiente”.²⁶

Además, la búsqueda de objetivos ajenos, diversos a los de los socios muy probablemente como refiere Duprat²⁷ provocaran que estos tiendan a vender su participaciones o, directamente desalentara futuras inversiones de aquellos que solo tienen en mira hacer un buen negocio. Que control pueden hacer los socios de los administradores llevando estos adelante agendas ajenas?

Asimismo cabe preguntarse sí en un país como la Argentina, donde el 95 % del entramado productivo esta representado por pymes, la mayoría de ellas familiares, con estructuras modestas y sujetas a los vaivenes habituales de nuestras crisis, puede entenderse realmente que los beneficios que estas

²⁵ Richard, Efraín Hugo, “Utilidad inmediata de la doctrina de responsabilidad social empresarial”, publicado en Responsabilidad social empresarial, XVI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, libro de ponencias, Coordinador Ricardo A. Nissen, Santa Fe 27 y 28 de agosto de 2009, Ed. Universidad Nacional del Litoral, pág. 226

²⁶ Donde citaba su trabajo “Las crisis argentina y la mundialización financiera”, en E.D. 6.3.2002.

²⁷ Obra citada.

políticas pueden generar en el largo plazo emparejan los costos que su implementación devengara.²⁸

El pago de impuestos es el principal instrumento de asignación de recursos de los Estados y, en esta sintonía, vale exigir a nuestros gobernantes una eficiente y útil aplicación de los mismos para atender la agenda pública de bien común.

Sí por el contrario entendemos – lo que no es nuestro caso- que existe una obligación a cargo de las empresas y un deber por parte de los administradores: ¿Las empresas deben internalizar los costos cuando no pueden incorporar todos los beneficios – externalidades positivas – como sí lo haría el Estado? No parece ello razonable ni apropiado.

Y ello nos lleva a preguntarnos si resulta racional y eficiente en nuestro sistema jurídico societario:

- a. ¿sustituir la voluntad social del sujeto Empresa en la gestión imponiéndole una agenda no propia?
- b. ¿Reducir, en algún sentido, la discrecionalidad de los administradores imponiéndole decisiones que imponen costos que no necesariamente podrán enjugarse con beneficios en un lapso relativamente cercano?
- c. En esa hipótesis ¿Cómo toma la decisión el administrador cuando existe una crisis entre el interés social tradicional al que debe reporta en su toma de decisiones y esta nueva aportación? Como será juzgado por ello? Cuál deber de lealtad debe primar? Como juzgara un Tribunal ello?

Creemos que no puede imponerse un cambio en la concepción del interés social que los administradores deben atender, ni modificarse los deberes

²⁸ Así puede verse como la hipotética idea de que los consumidores se orientaran a consumir masivamente productos de sociedades que adhieran a esta idea, cuando en las habituales crisis económicas (como la actual) la orientación del consumo se dirige a las segundas, terceras y cuartas marcas.

que la ley le ha impuesto, ni aquellos en beneficio de los cuales lo ha impuesto, a caballo de la agenda de la sostenibilidad sin norma específica o sin que ello haya sido voluntariamente adoptado por las empresas como modelo de gestión.

Refiere Sala Mercado²⁹ “interés social, en su “indeterminación”, permite abarcar diversas situaciones, lo que dota de **flexibilidad al administrador para conciliar estos intereses ampliados**. La viabilidad económica y social de la sociedad” se presenta como una condición de su continuidad, lo que guía la toma de decisiones hacia un equilibrio entre ambos aspectos”. Lo que este magnífico autor ve como una virtud, nosotros lo vemos como una clara complicación para el adecuado desarrollo del entramado societario en los casos en los que la sociedad no ha optado por atender la agenda de sostenibilidad en dicho grado. Esa flexibilidad permitiría al administrador dejar de lado sus deberes básicos y esenciales para con la sociedad y sus socios en aras de una agenda, *a priori*, ajena.

Creemos que como sostiene Peinado³⁰, que “Toda disposición de recursos de la sociedad para dirigirlos hacia acciones de Responsabilidad Social de la Empresa es escrutable o valorable desde la perspectiva del deber de lealtad de los administradores. La desviación de recursos societarios hacia ámbitos de interés de los administradores no dejaba de poder ser calificada como un comportamiento desleal de éstos”. En este camino se recorta indiscutiblemente la discrecionalidad³¹ de los administradores en el ponderado ejercicio de su poder así como se hace participe a la sociedad de cumplir con políticas públicas que son responsabilidad del Estado.

Dicho autor continua diciendo: “No obstante, esta idea, el vínculo entre la consecución de los objetivos de la sociedad y la acción de la gestión de la llamada Responsabilidad Social Corporativa se ha aceptado un tanto acríticamente y sin una adecuada ponderación entre sujetos receptores de tal acción y los retornos beneficiosos para la propia compañía. Antes al contrario, creemos que cabe incluso dudar que un gasto relevante en Responsabilidad

²⁹ Obra citada.

³⁰ Juan Ignacio, **BIB 2019\691**, **Publicación:** Revista de Derecho Mercantil num.311/2019 parte Estudios, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2019.

³¹ En algún otro (frente a los accionistas) se la amplia como hemos visto.

Social Corporativa no pueda ser valorado como una pérdida de recursos para la Empresa”.³² Hay aquí para Peinado una clara aplicación del denominado teorema de Thomas («si los individuos perciben las situaciones como reales, son reales en sus consecuencias»), al entender que la aplicación de esta tesis hará que en el largo plazo todos (la sociedades, los estados y los individuos estaremos mejor).

Y así, coincidimos con Peinado en que: “..., introducir políticas de Responsabilidad Social Corporativa con carácter imperativo y aún más políticas vinculantes de relaciones con stakeholders es un error que genera incertidumbres en el ámbito de la diligencia empresarial al tiempo que cercena la discrecionalidad de los administradores sociales, sin que todo ello se base en evidencias empíricas de mejora”.

Y no vemos como posible considerar que los deberes de los administradores derivados directamente del entramado societario posean como legitimados a otros (los *stake holders*) que no sean la propia sociedad o sus socios. Las estructuras societarias no fueron creadas para atender fines públicos, no han sido instrumento de ello y, en nuestro criterio, colocarlas en esa posición resultara ineficiente e inadecuado.

Por lo demás, nos resulta difícil entender que en economías como la nuestra esa transformación del modelo económico permitirá que los beneficios a largo plazo que el modelo ESG puede traer (mayor valor de la empresa, mayor valor social por atender al bien común, mejor gestión de riesgos, etc.) resultaran

³² Transcribimos aquí la nota al pie nro. 35 de dicho trabajo, que ilustra lo referido: “A modo de ejemplo véase el trabajo de IZZO, M.F./ MAGNANELLI, B.S., *Does It Pay or Does Firm Pay? The Relation between CSR Performance and the Cost of Debt*, post el 6 de enero de 2012, disponible en:SSRN: o .Este trabajo aborda la RSC desde la perspectiva de la incidencia del riesgo en el coste de la deuda de las empresas. Partiendo de la idea, casi obvia, de que a menor riesgo menor es ese coste de la financiación, aborda la hipótesis de cómo la RSC puede ser valorada como un reductor de riesgos y, consecuentemente, el llamado comportamiento ético de la empresa sería percibido por el mercado como un factor de disminución de riesgos: un «premium ético financiero». El trabajo de las profesoras del LUISS investiga de forma empírica (332 empresas son el universo observado durante cinco años) la relación entre la RSC y el coste de deuda. El trabajo parece concluir que la RSC es más valorada como un desperdicio de recursos que puede afectar negativamente al rendimiento de la empresa. Véase también en este trabajo un repaso de la literatura científica anterior sobre los vínculos entre RSC y coste de deuda”.

tan beneficiosas como se presume. Nos cabe recordar aquí la famosa frase de Keynes “en el largo plazo, todos estaremos muertos”.³³

A modo de conclusión:

Entendemos que no puede ni corresponde hacer obligatoria para las sociedades en nuestro país la asunción de las políticas de sostenibilidad -más allá del obligado cumplimiento de las leyes que atiendan cuestiones de los principios ESG-;

Solo podrá considerarse que hay una modificación esencial del concepto aplicable de interés social, y una ampliación de los deberes de los administradores hacia los *stake holders*, en sintonía con los principios ESG en caso de que exista una **asunción voluntaria** de los mismos por parte de la sociedad.

En definitiva entendemos con Duprat que las sociedades deben “buscar en forma prioritaria, el cumplimiento del objeto social y procurar el beneficio de sus accionistas y no el de aquellas personas o grupos que puedan ser afectados por la gestión empresarial”.

³³ John Maynard, "Breve tratado sobre la reforma monetaria", publicada en 1923.