

LA PRIMACÍA DE LOS ACCIONISTAS Y LA RSC: ¿UNA COMPATIBILIDAD POSIBLE?

Juan Sánchez-Calero Guilarte
Mónica Fuentes Naharro
Isabel Fernández Torres

Departamento de Derecho Mercantil*
Facultad de Derecho
Universidad Complutense

Ponencia presentada en el Seminario

La responsabilidad social corporativa y sus actores. Mitos y desafíos de la Responsabilidad Social Corporativa

Celebrado los días 22 y 23 de septiembre de 2010 en la Universidad Complutense de Madrid y organizado por el Instituto Complutense de Estudios Internacionales y el Ministerio de Trabajo e Integración

Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

E-mails autores:
jscalero@der.ucm.es
monicafuentes@der.ucm.es
ifertorres@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es/>

LA PRIMACÍA DE LOS ACCIONISTAS Y LA RSC:

¿UNA COMPATIBILIDAD POSIBLE?*

Juan Sánchez-Calero Guilarte/Mónica Fuentes Naharro/Isabel Fernández Torres**

Resumen: Este documento supone una aproximación inicial a los problemas que plantea la inserción de la responsabilidad social corporativa (RSC) en el sistema de nuestro Derecho de sociedades de capital, en el que se ha venido dando primacía a los intereses de los accionistas. A partir de la tramitación del Proyecto de Ley de Economía Sostenible y de la promoción de la RSC como un principio económico legislativo que los poderes públicos deben ejecutar, analizamos los aspectos fundamentales de la RSC y su relación con el Derecho de sociedades: su inserción en las relaciones internas, su influencia sobre la gestión, el equilibrio entre los distintos grupos de intereses afectados por la actividad de la sociedad, la información societaria en materia de RSC y su evaluación.

Palabras clave: Sociedades de capital, Responsabilidad Social Corporativa, gobierno corporativo, interés social, información societaria.

Abstract: This paper constitutes an initial approach to problems raised by the insertion of corporate social responsibility (CSR) within the system of our Stock Companies Act that tends to grant prevalence to shareholders' interests. On the basis of the Bill on Sustainable Economy and the promotion of CSR as a legal economic principle to be enforced by the Administration, we assess the most important traits of CSR and its relation with Company law: its insertion in internal relations, its influence on management, the balance between different stakeholders, and corporate information on CSR and its assessment.

Key Words: Stock Company, Corporate social responsibility, corporate governance, corporate interest, corporate information.

* Texto revisado y anotado de la ponencia.

** Departamento de Derecho Mercantil. Universidad Complutense. Los autores agradecen a Blanca Villanueva su colaboración en la recopilación de materiales.

SUMARIO:

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	EL CRECIENTE RECONOCIMIENTO DE LA RSC	6
III.	¿QUÉ ENTENDEMOS POR RSC?	7
	A) La imprecisa identificación entre RSC y creación de riqueza	7
	B) RSC y factores internacionales	10
	C) Una conducta voluntaria responsable	12
IV.	RSC Y EL DERECHO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	14
V.	¿ES COMPATIBLE EL INTERÉS (SOCIAL) DE LOS ACCIONISTAS EN LA RSC?	16
VI.	LA RSC COMO ACTO DE GESTIÓN Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS ACCIONISTAS	18
VII.	RSC E INFORMACIÓN SOCIETARIA	19
VIII.	LA EVOLUCIÓN DE LA RSC	22
IX.	BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA	23

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad social empresarial (RSE) o corporativa (RSC)¹ afecta a algunos de los fundamentos de la regulación de las empresas que la protagonizan. Estamos ante un movimiento que desde las iniciales recomendaciones o exigencias para que la actividad empresarial tuviera en cuenta una serie de intereses concretos², se ha ido abriendo camino a favor de una generalización de esa forma de operar. Desde la perspectiva del Derecho mercantil, la adopción de la RSC supone revisar algunos de los principios y características sobre los que se ha construido en nuestro ordenamiento el propio concepto de empresa.

La incorporación de la RSC no comporta necesariamente un determinado tratamiento normativo que modifique el marco legal en vigor. No debiera ser así, si con ello se altera la característica voluntariedad de la RSC, a favor de una progresiva imperatividad de su práctica. Esa orientación se aprecia en algunos ordenamientos³,

¹ Ambos términos son sinónimos. Utilizaremos el segundo por ser el habitual en la práctica de las sociedades objeto de nuestro estudio.

² Para una exposición minuciosa de la evolución de la RSC sobre la actividad de las empresas y su progresivo reconocimiento normativo, v. SEGERLUND, L., *Making Corporate Social Responsibility a Global Concern. Norm Construction in Globalizing World*, Farnham (2010), p. 37 y ss.

³ Nos referimos, en particular, al paso dado por la Companies Act 2006 británica, que al regular los deberes de los administradores, les impone en su artículo 172 el genérico de promover el éxito de la sociedad en los siguientes términos:

“Duty to promote the success of the company:

(1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to –

- (a) the likely consequences of any decision in the long term,*
- (b) the interests of the company’s employees,*
- (c) the need to foster the company’s business relationships with suppliers, customers and others,*
- (d) the impact of the company’s operations on the community and the environment,*
- (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and*
- (f) the need to act fairly as between members of the company.*

aunque ello parta de presupuestos distintos a los que presentan nuestro ordenamiento y práctica empresariales. Cuestión distinta es promover una serie de condiciones orientadas a convalidar la plena y eficaz inserción de la RSC en la actividad de las empresas españolas. La observación de la realidad, nos permite constatar los intensos programas de responsabilidad social que se desarrollan, tanto por la amplitud de su alcance, como por su relevancia financiera.

En estas páginas abordamos la RSC en relación con las sociedades cotizadas⁴. Éstas no son las exclusivas actoras de la RSC, pero sí es en ellas en las que su inserción invita a una singular reflexión. El ordenamiento reconoce distintas formas empresariales, entre ellas aquellas que comparten una naturaleza preferentemente social, orientadas a integrar la denominada Economía social⁵. En ellas existe una atención hacia los socios y otros partícipes en la sociedad sobre la base de criterios distintos de la estricta participación en el capital de la sociedad. Nuestro análisis se limita, por el contrario, a exponer lo que la práctica de la RSC supone con respecto,

(2) Where or to the extent that the purposes of the company consist of or include purposes other than the benefit of its members, subsection (1) has effect as if the reference to promoting the success of the company for the benefit of its members were to achieving those purposes.

(3) The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company”.

⁴ Cuyo régimen fundamental ha quedado recogido en el Título XIV de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), que entró en vigor el pasado 1 de septiembre (v. la disposición final tercera del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

⁵ A la que se dedica el reciente Proyecto de Ley de Economía Social, que entró en el Congreso de los Diputados el pasado mes de julio de 2010. Son entidades de la economía social las que cita el art. 5.1 y las que funcionan conforme a los principios orientadores que recoge el art. 4:

- a) *“Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que conlleva priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad, que en relación a sus aportaciones al capital social.*
- b) *Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios y, en su caso, al fin social objeto de la entidad.*
- c) *Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades, la cohesión social, la inserción de grupos excluidos, la generación de empleo estable y de calidad y la sostenibilidad.*
- d) *Independencia respecto a los poderes públicos”.*

precisamente, a esas sociedades organizadas en torno a su capital, en las que los accionistas aparecen como los titulares de derechos y del supremo poder de decisión. Por ello, para nuestro estudio hemos analizado únicamente la actividad que en materia de RSC han desplegado distintas grandes sociedades cotizadas españolas, atendiendo a su tamaño y a su presencia en sectores económicos diversos⁶.

II. EL CRECIENTE RECONOCIMIENTO DE LA RSC

En los últimos decenios, asistimos a un proceso de reconocimiento gradual de la RSC. Es manifiesto que el mejor y más nítido reconocimiento lo ofrece la realidad de las empresas, que no sólo dedican recursos importantes a políticas y actividades vinculadas con la RSC⁷, sino que abordan un esfuerzo no menos considerable a la hora de informar de ello. Basta con consultar las memorias anuales de las sociedades cotizadas o sus páginas *web*⁸, en las que la RSC ocupa amplios apartados, cuando no sucede que se elabora un específico Informe anual sobre la actuación en ese ámbito⁹. Otro tanto puede apuntarse con respecto a la pluralidad de organizaciones españolas o internacionales dedicadas a fomentar o estudiar la RSC. Pero junto a esa difusión práctica, hablar del reconocimiento de la RSC apunta a que su asunción por las empresas se ve acompañada por medidas institucionales o normativas.

El primer paso se dio en lo que podríamos calificar como el ámbito institucional, a partir de la creación del Consejo Estatal de la Responsabilidad Social Empresarial¹⁰. El segundo y actual paso, de mayor alcance, es el que ha dado el proyecto de Ley de

⁶ Las sociedades analizadas han sido: ACS, BBVA, Banco Santander, Banco Popular, FCC, Ferrovial, Gas Natural, Iberdrola, Iberia, Inditex y Repsol.

⁷ A título de ejemplo, el Banco Santander destinó el año 2009, 88 millones de euros en educación superior.

⁸ El art. 117.2 de la Ley del Mercado de Valores –en la redacción dada por la Ley 26/2003 (de Transparencia), de 17 de julio- introdujo el deber de toda sociedad de disponer de una página web como un instrumento especial de información. Hoy ese deber lo acoge el art. 528.2 LSC, aprobado por medio del Real Decreto Legislativo 1/2010.

⁹ Todas las sociedades analizadas han elaborado un Informe específico para la RSC.

¹⁰ Constituido por el Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero.

Economía Sostenible (LES), que tiene claramente a las empresas como destinatarias de su Capítulo VI “Responsabilidad Social de las Empresas”, que cierra el Título I dedicado a la “Mejora del entorno económico”. Aquel capítulo lo integra un único artículo 37, que regula la “promoción” de la RSC. Este precepto encomienda al Gobierno una actuación que facilite la información societaria y la evaluación de la actividad empresarial en ese ámbito, en los términos que se analizarán posteriormente¹¹. Esa actuación no impide que desde otras Administraciones públicas y en el marco de sus competencias, se aborde ese impulso a favor de la RSE¹².

III. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR RSC?

A) La imprecisa identificación entre RSC y creación de riqueza

La RSC no ofrece un concepto normativo, a pesar de su expansión y de ese progresivo reconocimiento que encuentra dentro de nuestro ordenamiento y marco institucional. Lo que existe es una multitud de descripciones de una estrategia o conducta empresarial que se entiende compatible con el entendimiento generalizado de lo que constituye una conducta socialmente responsable. Por quedarnos con los trabajos que nos resultan más cercanos e influyentes, esas descripciones de la RSC aparecen en el preámbulo del ya citado Real Decreto 221/2208, que con buen criterio presta preferente atención a los trabajos europeos en esta materia¹³. Allí se observa la

¹¹ V. *infra* VII y VIII.

¹² Así sucede con las Comunidades Autónomas: v. la reciente Ley 15/2010, de 9 de diciembre, de responsabilidad social empresarial en Extremadura (Diraio Oficial de Extremadura de 15 de diciembre de 2010 y BOE de 27 de diciembre), cuyo art. 1 define su objeto: “El objeto de esta ley es promover la Responsabilidad Social Empresarial en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

A tales efectos, se entiende por Responsabilidad Social Empresarial la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores.”

¹³ Dice el párrafo primero del indicado Preámbulo: “La Comisión Europea entiende la Responsabilidad Social de las Empresas como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones empresariales y sus relaciones con sus interlocutores”. Este concepto se define por primera vez en el ámbito europeo en el Libro Verde de julio de 2001 “Fomentar un marco europeo para

heterogénea adición de criterios que se quieren incluir en la RSC y que, en síntesis, la caracterizan como una consideración empresarial de una serie de grupos de intereses¹⁴ extraños a los de la propia empresa, cuyos titulares se ven sin embargo afectados por su actividad.

La invocación de algunos de esos criterios resulta marcadamente imprecisa: así, las preocupaciones sociales o medioambientales admiten múltiples entendimientos, tanto en lo que es su contenido, como en relación con las medidas que deben servir para hacer frente a esas preocupaciones. La imprecisión aumenta cuando a esos criterios se añaden consideraciones que pretenden revestir a la RSC de un contenido ético¹⁵ o, incluso, cuando dentro de la RSC se incluyen hechos tales como los pagos de impuestos. Esa falta de concreción aumenta cuando a la RSC se superpone el concepto de sostenibilidad.

En todo caso, un argumento ampliamente difundido parte de una obviedad: la generación de riqueza, de cualquier forma, integra la actuación social de la empresa¹⁶. Una generación de riqueza que incluye, junto a esos grupos de intereses extraños al capital social, a los propios accionistas, beneficiarios de la rentabilidad. Sin duda se da un beneficio a partir de la actuación de una gran empresa en la celebración de contratos con sus directivos o empleados, con sus proveedores o con

la Responsabilidad Social de las Empresas”, que acuña posteriormente en la Comunicación de julio de 2002 relativa a “la responsabilidad social de las empresas: una contribución al desarrollo sostenible” y en la Comunicación de marzo de 2006 “poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas”.

¹⁴ V. GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *Guía para la elaboración de Memorias de Sostenibilidad*, versión 3.0, p. 12, que incluye la siguiente descripción: “Se entiende por “grupos de interés” aquellas entidades o individuos a los que pueden afectar de manera significativa las actividades, productos y/o servicios de la organización; y cuyas acciones pueden afectar dentro de lo razonable a la capacidad de la organización para desarrollar con éxito sus estrategias y alcanzar sus objetivos. Esto incluye a aquellas entidades o individuos cuyos derechos provenientes de una ley o un acuerdo internacional les proporcionan la posibilidad de presentar con total legitimidad determinadas exigencias a la organización.”

¹⁵ V. Informe RSC de FCC que entre los pilares de su RSC destaca: “Declaración de intenciones sobre transparencia, ética en los negocios, derechos humanos, protección del medio natural o desarrollo social, a partir de un diálogo activo y ordenado con los grupos de interés de la compañía” (p. 396).

¹⁶ Baste con recordar los artículos 1, 33, 38 y 128 de la Constitución y la interpretación que de los mismos ha realizado la jurisprudencia constitucional.

sus financiadores, pero la exigencia del cumplimiento de esos contratos nace de la respectiva ley y ello la aleja de la voluntariedad que caracteriza a la RSC. Esta observación no implica una crítica, sino una indicación sobre la heterogeneidad de un concepto que, al fin y al cabo, nace de la libertad de las empresas para practicarla y revestirla del contenido que juzguen oportuno.

Sin perjuicio de ello, el reconocimiento de la RSC se ve perturbado por esa imprecisión. En especial si, avanzando en su generalización, la práctica de políticas de RSC se convierte en un aspecto que condiciona aspectos relevantes de la actividad empresarial. Pensemos, por ejemplo, en los inversores socialmente responsables, que en algunos mercados son anhelados por algunas empresas por el efecto reputacional que su participación en el capital conlleva. O consideremos igualmente la existencia de no menos influyentes índices de empresas socialmente responsables.

En esos aspectos, la comparación entre empresas (que es una forma de competencia), se ve entorpecida por la multitud de variables que se manejan a la hora de presentarse una empresa como practicante de la RSC. Cualquier empresa energética sabe que su discurso social debe prestar especial atención a aspectos cercanos a lo que constituye su *core business*: cómo obtiene y cómo distribuye su energía. Lo mismo cabe decir de multinacionales que cuentan con enormes plantillas de trabajadores en múltiples países, lo que empuja a analizar su política laboral. Finalmente, hay empresas a las que en función de su actividad se les niega la posibilidad de presentarse como socialmente responsables o, cuando menos, a aceptarlas en los índices que evalúan esa RSC. El ejemplo más fácil es el de las empresas fabricantes de armamento. En suma, la generalización de la RSC está provocando que se abra paso a la concreción de qué tipo de prácticas son determinantes de una genuina RSC.

B) RSC y factores internacionales

Por otro lado, delimitar la RSC incrementa su dificultad cuando nos obliga a analizar un entorno internacional. No puede extrañar que el principal impulso a la RSC haya partido de las principales instituciones internacionales (ONU¹⁷, Unión Europea¹⁸, etc.), puesto que la necesidad de reclamar un comportamiento de tal naturaleza de las empresas se ha hecho sentir especialmente desde esa perspectiva internacional o global, si se prefiere. Un proceso que ha alcanzado una intensidad notable, como refleja la aparición de muy diversos actores de la escena empresarial dedicados a analizar y evaluar el comportamiento en esta materia¹⁹.

En esa visión se contemplan las insuficiencias de las legislaciones nacionales y la paradoja de que empresas que conforme a su legislación de origen tienen prohibidas ciertas prácticas frente a los terceros que se relacionan con ellas, sin embargo las ponen en práctica en otros Estados, aprovechando la inexistencia o las lagunas de las normas allí aplicables. En la mente de todos están, por ejemplo, prácticas laborales o medioambientales inconcebibles conforme a la legislación de Estados desarrollados, que se aplican de manera intensa en otros Estados por las empresas domiciliadas y constituidas en los primeros. Otro tanto sucede con los derechos humanos, pues desde nuestra perspectiva puede resultar inconcebible que una empresa española lesione en su actividad cualquiera de esos derechos. La realidad nos señala que, a pesar de ello, no faltan reproches a empresas multinacionales por violación de tales derechos.

¹⁷ V. las referencias al Pacto Mundial que desde 1999 viene siendo impulsado por Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/globalcompact/>. Con especial detenimiento, se ocupa de los distintos trabajos impulsados en esta materia en el seno de esa organización SEGERLUND, *Making Corporate Social Responsibility*, p. 133 y ss.

¹⁸V. LIBRO VERDE. *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, 18.7.2001 COM(2001) 366 final y Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible (/*COM/2002/0347 final*/). Ambos documentos pueden consultarse en la página *web* de la Unión Europea.

¹⁹ Es indicativo que se hable de una “*burocratización*” de la RSC, como forma de resumir la aparición de profesiones, entidades y criterios orientados sobre todo a la evaluación de la RSC: v. SEGERLUND, *ob. cit.*, p. 152.

Una sociedad es española por el mero hecho de tener su domicilio en España (art. 8 LSC). Las relaciones con sus accionistas, con algunos de sus trabajadores y con algunos de sus proveedores caerán bajo el ámbito de aplicación de la legislación española (cfr. arts. 8 a 10 del Código Civil, en adelante CC). Conforme a esa legislación, la RSC se puede desarrollar con un determinado contenido, esencialmente a través de prácticas voluntarias que la empresa decide asumir, a pesar de no estar obligada a llevarlas a cabo.

Sin embargo, cuando esa misma empresa española actúa en un ámbito geográfico diverso, la legislación allí aplicable puede hacer que lo que en España esté prohibido, en ese otro Estado, no sólo no lo esté, sino que sean prácticas habituales o, incluso, amparadas por el ordenamiento. La RSC se convierte entonces en una llamada a la coherencia de las empresas. Se espera de ellas que sean multinacionales en sentido estricto y que sus actuaciones socialmente responsables tengan un alcance global, lo que se traducirá en una igualdad –ciertamente relativa, en función de las circunstancias económicas y sociales diferentes que ofrecen los respectivos mercados en los que se actúa- en el trato que reciben los terceros que se relacionan con la sociedad.

Pero esa coherencia internacional de la RSC tampoco es la determinante para la configuración de su significado. La misma imprecisión tiene la preocupación medioambiental en una perspectiva local o global. La concreción parte más de dos elementos que aparecen en toda descripción de una RSC. La primera señala que se trata de un comportamiento voluntario. La segunda atiende a los beneficiarios de esa RSC, a los grupos de intereses que ésta toma en cuenta y frente a los que asume una “*responsabilidad*”. Como veremos, ambos elementos están íntimamente relacionados y nos acercan a la que podríamos calificar como la visión jurídico-societaria de la cuestión.

C) Una conducta voluntaria y responsable.

La RSC es una suerte de comportamiento responsable, lo que no debe entenderse como fuente de una responsabilidad en sentido jurídico. Las empresas que desarrollan una genuina política de responsabilidad social son aquellas que, al margen de lo que *deben* hacer, deciden llevar a efecto otros comportamientos que son responsables porque implican poner cuidado y atención en los intereses de otros sujetos que se ven afectados por la actividad de la sociedad. La RSC se entiende erróneamente si se contempla como algo exigible. Ni parte de un deber de la sociedad, ni deriva en la creación de derechos a favor de quienes se ven directa o indirectamente favorecidos por los programas de RSC. No estamos ante una responsabilidad jurídica, sino ante una manifestación genuina del principio de libre empresa: la asunción por la sociedad de actividades de iniciación y ejecución absolutamente voluntarias, que se entienden vinculadas con la actividad de la empresa y que comportan resultados favorables a los intereses que la animan.

Dado que sucede que muchas de las prácticas en materia de RSC afectan a intereses colectivos o generales, no ha de extrañar que exista una tendencia latente a favor de que aquella responsabilidad tenga la mayor difusión posible. Las distintas iniciativas de los poderes públicos en ese ámbito son la manifestación de esta tendencia. Es ahí donde late un riesgo de convertir ese interés en una directa intervención, lo que desvirtúa por completo la RSC. La política acertada es la que anima o promueve esa práctica, sin perjuicio de fomentar su determinación. Es la línea que, de manera acertada, ha adoptado el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, que apunta a la “*promoción*” de una actividad empresarial voluntaria que se entiende favorable para intereses más amplios que los de la mera protagonista de tal actividad.

La voluntariedad señala que la empresa desarrolla una actuación que, como nos dice el Diccionario, nace de manera espontánea “*y no por obligación o deber*”. Podemos añadir que es la realización voluntaria de actuaciones que no son necesarias para el

desarrollo de las actividades que integran el objeto social. Sentado lo que parece claro, no lo es tanto a quién atribuimos la responsabilidad (esta vez sí de relevancia jurídico-societaria) de esa voluntaria determinación. Si entendemos que la práctica de la RSC nos sitúa ante un acto de gestión, estaremos atribuyendo aquella decisión a los administradores, que consideran que, por ejemplo, la atención de determinados intereses culturales o medioambientales de los municipios o regiones en los que se asientan los centros de explotación de la empresa, o de intereses vinculados con la educación o la residencia de sus empleados y sus familias, entran dentro de su poder de decisión. Cualquiera de esas actividades tiene consecuencias positivas. Pero también cualquiera de esas actividades parte de la aplicación de los recursos de la sociedad. Desde esa perspectiva, la RSC incorpora una opción financiera. Con cargo al patrimonio de la sociedad se atienden intereses o grupos de intereses extraños a los de la Sociedad o cuando menos, alejados de su interés social. No se discutirá que tienen esos efectos favorables apuntados, pero sí quiénes se benefician de ello y, ante todo, si lo hace la propia sociedad y, de manera indirecta, sus accionistas.

Es así como llegamos al núcleo de la cuestión. La RSC afecta a un concepto sobre el que pivotan algunas de las reglas esenciales de nuestro Derecho societario, como es el del interés social. La polisemia del adjetivo nos obliga a matizar que el contenido de ese interés puede ser diverso al de la responsabilidad así calificada. Como veremos, el interés social enlaza con los accionistas, mientras que la RSC apunta, precisamente, a aquellos otros partícipes (activos o pasivos) de la actividad empresarial distintos de los titulares del capital social. Los recursos que se aplican en interés de éstos podrán considerarse que constituyen una detracción patrimonial en perjuicio de los accionistas. Si las cosas son así, debemos dar un paso atrás para formular dos cuestiones: ¿sigue siendo la RSC una decisión compatible con el concepto societario del interés social? En caso afirmativo, ¿a quién compete su definición y aplicación dentro de cada empresa? Adviértase, por último, que la defensa del interés social es un deber de los administradores, mientras que la RSC es una opción voluntaria.

IV. RSC Y EL DERECHO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

La perspectiva mercantil de la RSC se ha proyectado preferentemente sobre los fundamentos de la ordenación de las sociedades mercantiles, en cuanto a la orientación de su actividad, la afectación de sus recursos, la primacía de unos intereses concretos sobre otros y, en suma, sus resultados. Así planteada, la influencia que la RSC está llamada a tener sobre la disciplina societaria, lejos de plantear cuestiones novedosas, nos devuelve, en lo fundamental, al debate que a principios del siglo XX acompañó a la irrupción de las grandes sociedades de capital primero²⁰, y a la evolución de las sociedades cotizadas, después²¹.

Baste con recordar que ese debate se planteaba entre lo que podríamos denominar, sencillamente, las visiones contractualista o institucional de la sociedad de capital. Conforme a la primera, en una sociedad anónima nos encontramos ante una modalidad del contrato de sociedad, cuya actividad debe orientarse a la satisfacción del interés común de los accionistas, que se convierte en el interés social. Implica la primacía de la propiedad sobre otros derechos o intereses conexos con la sociedad²². La visión institucional de la sociedad la contempla como una institución que, a pesar

²⁰ V. SÁNCHEZ-CALERO, J., "Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa", en AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas cotizadas* (dirs. Rodríguez Artigas y otros), t. II, Cizur Menor (2006) p. 853.

²¹ El debate sobre cuál es el propósito de la sociedad encontró un impulso singular con respecto a las sociedades cotizadas en la doctrina estadounidense. El punto de partida fue la publicación en 1932 de la conocida y repetidamente citada obra de BERLE, AA./MEANS, GC., *The Modern Corporation and Private Property*, a la que siguió un intenso debate entre el primero de los autores y MERRICK. BERLE defendía que todas las actuaciones del equipo gestor debían estar orientadas al beneficio de los accionistas, mientras que MERRICK defendía una visión de la sociedad mercantil como una institución económica que junto a una función de obtención de beneficios debía atender a su finalidad social. Para una revisión actualizada del debate, v. STOUT, L.A., "New Thinking On <Shareholder Primacy>", disponible en: www.law.ucla.edu.

²² La permanencia del debate se pone de manifiesto en que no asistimos a una mera renovación de la clásica tensión entre la primacía o exclusividad de los accionistas como titulares del interés social frente a la inclusión en ese concepto de otros grupos de intereses, sino en la más moderna corriente que proclama el fin de la primacía de los accionistas a favor de la primacía de los administradores; v. BAINBRIDGE, S., "Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance", disponible en www.ssrn.com.

de su origen contractual, adquiere autonomía con respecto a los partícipes en su capital, siendo su interés más amplio y conectado con una pluralidad de grupos de personas que se vinculan con la actividad de la sociedad desde muy distintos ámbitos: trabajadores, proveedores, etc. Es manifiesto que esta visión enlaza en un grado notable con algunas de las inspiraciones más difundidas de la RSC.

Ahora bien, desde un punto de vista jurídico, el concepto del interés social se ha definido sólo con relación a los accionistas. A pesar de que el legislador utilice ese concepto para apoyar sobre él aspectos esenciales del funcionamiento de cualquier gran sociedad –como la legalidad de los acuerdos sociales (art. 204.1 LSC) o la responsabilidad de los administradores (art. 226, en relación con el art. 236.1 LSC)- no existe en nuestra LSC una definición precisa del mismo. Contamos sólo con una tautología²³ carente de significado: el interés social es el interés de la sociedad (v. art. 226 LSC). Ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de determinar que tan decisivo concepto legal debe ser interpretado como el interés común de los accionistas, lo que implica una postergación o, si se prefiere, un alejamiento de otros intereses afectados por la actividad económica de la sociedad. En esa postura no late tanto un desprecio hacia esos otros intereses, sino una remisión a otras normas como las encargadas de su tutela. El interés social se convierte en un concepto esencialmente jurídico-societario, conforme al que la actividad de la sociedad (las decisiones de sus órganos) se consolida por su atención hacia el interés común de los accionistas. La tutela de otros intereses no se desconoce de manera radical, pues ante

²³ Tal afirmación se hace recordando la gestación del citado precepto legal. El Proyecto de la conocida como Ley de Transparencia reclamaba de los administradores el cumplimiento de sus deberes “*con fidelidad al interés social, entendido como interés común a todos los socios*”. Hubo enmiendas que reclamaban la sustitución del concepto de interés social por el “*interés de la empresa en su conjunto, teniendo en cuenta el de los accionistas, trabajadores, acreedores, clientes y proveedores*” (enmienda nº 31 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso). El debate llevó a proponer una enmienda (la nº 49 del Grupo Parlamentario Popular) que, una vez admitida, dio lugar a la redacción actual. La justificación de la enmienda fue: “*La definición de interés social como el "interés común a todos los socios" no es unánime en la doctrina, de forma que otro sector lo considera como el interés de la sociedad. Es más conveniente realizar la afirmación señalada, máxime cuando en el apartado 3 del artículo 127 ter se habla de "interés de la sociedad"*”; es por ello cuestionable entender que la modificación legal del año 2003 supuso un cambio en el concepto del interés social: al respecto, HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales*, Madrid (2009), p. 39 y ss.

acuerdos que puedan alterar el capital como núcleo patrimonial o su estructura, el Derecho societario reconoce determinados derechos (de oposición o de información) a los acreedores o a los trabajadores. Pero eso no significa que la plena tutela de esos intereses con relación a la sociedad compete a la legislación societaria. Esta función corresponde, por ejemplo y entre otras, a la legislación contractual, concursal, laboral o medioambiental, respectivamente. Lo dicho rige tanto si contemplamos intereses particulares como generales.

Es la primacía de esa construcción clásica del interés social como interés común de los accionistas la que debe ser objeto de revisión bajo el prisma de la RSC.

V. ¿ES COMPATIBLE EL INTERÉS (SOCIAL) DE LOS ACCIONISTAS CON LA RSC?

El análisis apuntado y que estas páginas no pretenden sino iniciar conduce a una pregunta de sencilla formulación: ¿Es compatible la vigencia del interés social, con prácticas o estrategias de RSC que parten de la consideración directa de intereses extraños a aquél interés social?

Comencemos por analizar un hecho: cuando las empresas españolas explican una actuación a lo largo de un ejercicio en materia de RSC, presentan de manera conjunta el dividendo satisfecho a sus accionistas junto con los demás conceptos que integran su actividad social. Parece, por lo tanto, que esa compatibilidad es una realidad, que observada con mayor detenimiento nos expone cuál es su inspiración. La RSC influye sobre la rentabilidad para el accionista, como pueden hacerlo otras políticas aplicadas por la sociedad.

Suele reiterarse que en las sociedades cotizadas es esa rentabilidad la que justifica la RSC, es decir, que ésta se pone en práctica a partir del convencimiento de unos efectos positivos sobre los resultados del ejercicio. Tomemos el ejemplo de la generalizada e intensa actuación que los principales fabricantes de automóviles han

desarrollado en estos últimos años a favor de la fabricación en serie de coches híbridos o eléctricos. La producción de vehículos menos contaminantes o propulsados con energías “limpias” y la inversión que conlleva se decidirá alegando el compromiso con la sostenibilidad medioambiental, pero lo que en realidad justifica adoptar esa estrategia y lo que conlleva desde el punto de vista financiero es que ese trámite es esencial para mantener la rentabilidad actual y la de futuros ejercicios. No dar ese paso puede implicar para la sociedad una pérdida notable de su capacidad competitiva y, a medio plazo, amenazar su rentabilidad.

El problema de la compatibilidad es, por tanto, un falso dilema. Por supuesto, la rentabilidad y la RSC van unidas con frecuencia, pues la una lleva a la otra y viceversa. La duda surge donde esa vinculación se rompe. Una sociedad destaca por su constante y relevante creación de valor a favor de sus accionistas (vía dividendo, cotización, ampliaciones liberadas, etc.), pero sin que ello se traduzca en prácticas de RSC orientadas a los grupos de interés. La diligencia de los gestores estará fuera de toda duda.

Si nos situamos en una situación opuesta, la respuesta no resulta tan rotunda con respecto a los gestores. ¿Qué sucede con la RSC que viene desarrollando una empresa que registre pérdidas? Recordemos que la RSC, como cualquier política empresarial, demanda la aplicación de recursos²⁴. Los accionistas plantearán qué justificación concurre en la pérdida de valor de sus acciones, mientras que las partidas importantes favorecen otros intereses. Por llevar el supuesto al extremo, imaginemos que al tiempo que se continúa durante varios ejercicios de pérdidas una política de RSC, se plantea a los accionistas una reducción y la posterior ampliación del capital, en la que estos últimos deberán realizar nuevas aportaciones. Los accionistas censurarán con seguridad la gestión, que les obliga a aprobar una

²⁴ No se trata sólo de que determinados recursos económicos se destinen hacia intereses externos, sino que ello afecta también a la propia organización societaria, dado que la importancia de la RSC termina reclamando la creación de departamentos encargados de su estudio y ejecución. Así, la mayoría de las sociedades españolas analizadas refieren la creación de un órgano y departamentos de RSC. Entre otras, BBVA e IBERDROLA.

operación acordeón que de continuidad a la empresa, sin que ello afecte a los intereses favorecidos por la RSC.

La realidad empresarial está plagada de ejemplos en los que la consecución de la rentabilidad es la causa de decisiones de recorte o abandono de la RSC²⁵. El ejemplo más nítido lo ofrece el anuncio de pérdidas en un trimestre o semestre que, para paliar sus efectos, se acompaña del correspondiente anuncio de despidos masivos o de ventas de fábricas o filiales. El objetivo de tan traumáticas actuaciones es claro: la urgente recuperación de la rentabilidad. La defensa del interés social la exige la Ley. La RSC nace de una libre decisión de la empresa. La primera es irrevocable. No así la segunda.

VI. LA RSC COMO ACTO DE GESTIÓN Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS ACCIONISTAS

La significación financiera o patrimonial que tiene la RSC la sitúa, como ya se ha dicho, como un acto más de la gestión. Su diseño y su aplicación son competencia del órgano de administración, que responderá ante los accionistas. Lo hace de manera regular rindiendo cuentas de la política aplicable. Esto explica que los informes o memorias respectivas se presenten como pauta de la información que se pone a disposición de los accionistas ante la junta general que debe *“aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado”* (art. 164.1 LSC).

La información en materia de RSC no integra los documentos contables en sentido estricto, es decir, no figura dentro de las menciones que exige la legislación contable. Ello no impide, sin embargo, que puesto que las normas suelen establecer un contenido mínimo de esos documentos, puedan completarse con la información de

²⁵ A modo de ejemplo, v. el Suplemento especial de Expansión, de 21 de diciembre de 2010, bajo el título *Responsabilidad social corporativa*, cuyo primer artículo se pregunta *“¿Son compatibles crisis y sostenibilidad?”*, p. 1 y ss.

RSC, lo que resulta por otro lado lógico, si reiteramos la relación que existe entre esa política y las demás estrategias aplicables en la gestión social a lo largo del ejercicio.

Por otro lado, la rendición de cuentas o información sobre RSC ante los accionistas es razonable y prudente²⁶. Los administradores buscan que esa política tenga una visibilidad global y oportuna. Más allá de las distintas actividades iniciadas o continuadas durante el ejercicio, interesa exponer la inversión agregada y las líneas fundamentales que caracterizan la RSC. Además, la presentación de esa información en materia social supone implicar a los accionistas en una política que, a pesar de orientarse a grupos de interés distintos de los accionistas, afecta sin duda a éstos de forma indirecta.

Adviértase que, de esta forma, los accionistas refrendan una política tan importante como la que integra la RSC. No porque la aprueben formalmente, lo que tiene un significado limitado pues, como advierte el art. 236.2 LSC, la aprobación o ratificación de un acto o acuerdo por la Junta no exime de responsabilidad a los administradores. Al igual que la aprobación de las cuentas anuales no impide el eventual ejercicio de la acción de responsabilidad, la presentación a la Junta de la información sobre la RSC no descarta que los accionistas censuren a los administradores cuando consideren que la política en materia de RSC lesione el interés social.

VII. RSC E INFORMACIÓN SOCIETARIA

Los efectos positivos que para las empresas implica la presentación de su RSC han hecho que dediquen cada vez más esfuerzos a informar de ello. La información se proyecta en un doble sentido. Por supuesto en un primer aspecto que podríamos describir como publicitario o promocional. A la sociedad le interesa que se conozcan

²⁶ Tal y como dice en GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *Guía*, p. 5, el propósito de la memoria de sostenibilidad comprende “la medición, divulgación y rendición de cuentas frente a grupos de interés internos y externos ...”.

sus acciones en ese ámbito y lo convierte en un factor de defensa de su prestigio, como puede suceder con la calidad de sus productos o la fortaleza de sus resultados.

El segundo aspecto, que es el que merece nuestra atención, atiende a lo que podríamos enunciar como la vertiente informativa o de transparencia empresarial que acompaña a la RSC. Como ha quedado sobradamente reflejado en los apartados anteriores, las sociedades cotizadas han convertido la información sobre RSC en uno de los apartados habituales de la documentación que se pone a disposición de los accionistas con ocasión de la Junta general. Esa información se extiende entre las grandes sociedades cotizadas en los principales mercados²⁷. Estamos ante una práctica societaria que plantea cuestiones diversas. La primera es la de la exactitud de esa información corporativa y su evaluación. Puesto que estamos ante una actuación voluntaria y que admite proyecciones variadas, idéntica heterogeneidad se traduce a la forma en que las empresas explican aquella. Dada la variedad de contenidos que esa información puede tener, constatar que las políticas que se relatan se han ejecutado efectivamente y en los términos referidos a veces no está al alcance de los accionistas. El tránsito desde la información a la simple propaganda puede ser muy fácil. Esto explica la aparición de índices específicos que tratan de facilitar esa ponderación, sobre lo que volveremos en el apartado siguiente.

La segunda cuestión que acompaña a la información corporativa sobre RSC es la de la forma en que se elabora. La falta de un modelo que sirva para homogeneizar cuanto manifiestan al respecto las distintas empresas y, a partir de esa presentación homogénea, permitir la comparación de unas frente a otras o, simplemente, de un ejercicio a otro. El criterio de información facilitado por las empresas, difiere en las memorias societarias. Mientras que algunas optan por determinar los porcentajes otras prefieren hacer referencia al número de trabajadores. Sobre la comparativa de los años tampoco existe uniformidad. Algunas hacen referencia solo a los datos de

²⁷ A modo de ejemplo, con respecto a Gran Bretaña, v. el estudio de IDOWU, S.O./TAWLER, B.A., "A comparative study of the contents of corporate social responsibility reports of UK companies", *Management of Environmental Quality: An International Journal*, Vol. 15 n° 4, pp. 420-437.

2009, otras también a 2008 y otras a 2007. Para mayor claridad en la tabla incluimos los datos con el criterio del porcentaje y en relación a los años 2009 y 2008²⁸:

SOCIEDAD	2009	2008
ACS	38% mujer 62% hombre	36% mujer 64% hombre
BBVA	52% mujer 48% hombre	51% mujer 49% hombre
BANCO POPULAR	32 % mujer 68% hombre	31,6 % mujer 68,3% hombre
BANCO SANTANDER	52,9 % mujer 47 % hombre	51,1% mujer 48,8% hombre
GAS NATURAL	26% mujer 74% hombre	31 % mujer 69% hombre
FCC	21,3 % mujer 78,7 % hombre	21,3% mujer 78,7% hombre
FERROVIAL	32,7 % mujer 67,2 % hombre	33 % mujer 67 % hombre
IBERDROLA	25% mujer 75% hombre	26% mujer 74% hombre
IBERIA	38% mujer 62% hombre	38,3 % mujer 61,7% hombre
INDITEX	81,4% mujer 18,6% hombre	80,4% mujer 19,6% hombre
REPSOL	26% mujer 74% hombre	26% mujer 74% hombre

En este último aspecto es donde se están produciendo cambios más intensos, esenciales para revestir de credibilidad a la RSC. La gran mayoría de las sociedades españolas cotizadas está ajustando su información de RSC a las directrices

²⁸ Entre la información publicada por todas las empresas destaca la distribución del personal por sexos; sobre el tema, v. FUENTES NAHARRO, M., "La igualdad en la responsabilidad social de las empresas" (cap. VII), en AA.VV., *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (dir. Montoya Melgar, A.), Cizur Menor, (2007), pp. 495 a 531.

internacionales más difundidas. A estos efectos ha de destacarse el papel jugado por *Global Reporting Initiative (GRI)*²⁹, que ha aprobado sucesivas directrices sobre cómo presentar anualmente y en el marco de la información societaria la política que la empresa ha desarrollado en materia de RSC³⁰.

Ese factor de armonización internacional –presente en la evolución histórica del Derecho mercantil– ha incentivado posteriores iniciativas nacionales tendentes a establecer ese modelo de información de general utilización. En nuestro caso, ha sido el Proyecto de Ley de Economía Sostenible³¹ el que ha acogido esa intención. La disposición relevante es su art. 37, que bajo la rúbrica de “*Promoción de la responsabilidad social de las empresas*” encomienda al Gobierno elaborar y poner a disposición de las empresas el marco de información y evaluación correspondiente “*de acuerdo con los estándares internacionales en la materia*”³². Esa labor gubernamental se verá acompañada por las recomendaciones que se prevé que a ese respecto vaya haciendo el Consejo Estatal de la Responsabilidad Social de las Empresas.

VIII. LA EVALUACIÓN DE LA RSC

Como apuntamos, uno de los desafíos que plantea la RSC es evitar que ésta se convierta en una simple política empresarial de imagen, difícilmente susceptible de ser evaluada. Sin duda, ha de respetarse la libertad de cada empresa a la hora de decidir la cuantía y forma de aplicación de sus recursos en programas de RSC. Pero ello no ampara que esos programas se acaben convirtiendo en alegaciones carentes de cualquier tipo de posibilidad de ser evaluadas. Primero por los accionistas, pero

²⁹ Sobre esta institución y su actividad, v. www.globalreporting.org.

³⁰ Todas las sociedades analizadas han ajustado sus informes de RSC a los principios del GRI.

³¹ El Proyecto de Ley se viene tramitando en el Congreso de los Diputados desde el pasado mes de abril. Se ha producido una repetida ampliación del plazo para la presentación de enmiendas. V. BOCG, IX Legislatura, Serie A, Núm. 60-1, 9 de abril de 2010 y www.congreso.es.

³² La Declaración de Amsterdam de 2009 hacía un llamamiento a los Gobiernos para que adoptaran medidas de promoción de memorias de sostenibilidad que tuvieran acogida en el marco normativo financiero posterior a la crisis financiera iniciada en 2007/2008

también por el resto de destinatarios de esa información. Esto explica la progresiva instauración de algunos índices destinados a confirmar las prácticas de RSC, a analizar la información cada vez más homogénea que publican y a evaluar a las empresas en función de su mayor capacidad para actuar de una manera socialmente responsable. Esos índices, que atienden a distintas coberturas geográficas³³ o sectoriales³⁴ tienen un manifiesto valor reputacional³⁵, pero también son la clave financiera para muchas empresas interesadas en atraer a su capital social a aquellos inversores que, precisamente, anteponen la responsabilidad social como factor determinante de su inversión. Si tenemos en cuenta que algunos de estos inversores socialmente exigibles, son grandes inversores institucionales, se entiende la creciente atención que reciben esos índices especiales y las empresas en ellos incluidas. Conviene recordar que esos índices son, en algunos casos significativos, los mismos que con carácter general reflejan la cotización de las grandes empresas³⁶.

IX. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

- ALFARO AGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Madrid (1992).
- BAINBRIDGE, S., "Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance", (www.ssrn.com).
- EMBID IRUJO, J.M., "La responsabilidad social corporativa ante el Derecho mercantil", CDC 42 (2004), p.13 y ss.

³³ V., por ejemplo, los índices de Dow Jones Sustainability Indexes.

³⁴ V. los índices de FTSE Responsible Investments Indices.

³⁵ Resulta llamativa la proliferación extraordinaria de índices destinados a medir algo tan impreciso como la reputación corporativa. En el estudio de FOMBRUN, C.J., "List of Lists: A Compilation of International Corporate Reputation Ratings", *Corporate Reputation Review* 10 (2007), pp. 144-153, analiza un total de 183.

³⁶ Basta citar los ejemplos del *Dow Jones Sustainability Index (DJSI)* y del *FTSE4 Good Index*, en los que cotizan centenares de empresas, incluidas varias decenas de sociedades españolas.

- ESTEBAN VELASCO, G., "Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa", en AA.VV., *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Castellón (2005), p. 15 y ss.
- FUENTES NAHARRO, M., "La igualdad en la responsabilidad social de las empresas" (cap. VII), en AA.VV., *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (dir. Montoya Melgar, A.), Cizur Menor, (2007), pp. 495 a 531.
- HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales*, Madrid (2009), 222 pp.
- IDOWU, S.O./TAWLER, B.A., "A comparative study of the contents of corporate social responsibility reports of UK companies", *Management of Environmental Quality: An International Journal*, Vol. 15 n° 4, pp. 420-437.
- SÁNCHEZ-CALERO, J., "El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada", *RDM* 246 (2002), p. 1653 y ss.;
- "Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa" en AA.VV, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas* (dirs. Rodríguez Artigas y otros). t. II, Cizur Menor (2006), p. 851 y ss.
- SEGERLUND, L., *Making Corporate Social Responsibility a Global Concern. Norm Construction in Globalizing World*, Farnham (2010).
- STOUT, L.A., "New Thinking On <Shareholder Primacy>", (www.law.ucla.edu).
- VEGA FERNÁNDEZ, J./GARICANO ROJAS, T., *La creación de valor, la estrategia y los stakeholders*, Investigaciones y Publicaciones 2010 (I)-Centro de Gobierno Corporativo IE-EDU, 70 págs.
(<http://centrogobiernocorporativo.ie.edu/files/La%20creacion%20de%20Valor.pdf>)
- VIVES, A., *La responsabilidad social de las Empresas: enfoques ante la crisis*, Fundación Carolina (julio 2010), 66 pp.
(<http://cumpetere.com/Documents/RSE%20ante%20la%20crisis%20México%20FC.pdf>).