

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL DESDE EL HORIZONTE DEL DERECHO MERCANTIL: ¿ESTAMOS ANTE UN NUEVO CONCEPTO DE EMPRESA?

MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS

*Profesora Titular de Derecho mercantil
de la Universidad Carlos III de Madrid*

PILAR DOPAZO FRAGUÍO

*Doctora en Derecho, Abogada, Profesora
de la Universidad Carlos III de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos CARNICER DIEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Extracto:

EN esta reflexión se analiza y pone de manifiesto la evolución de la responsabilidad social empresarial (RSE) y su relación con la comprensión y funcionalidad de la empresa hoy día e, incluso, con la mirada puesta en el modelo disciplinado por la reciente Ley de Economía Sostenible. A tal efecto, se examina el concepto, normalización y objetivos de la RSE y su conexión e implicaciones con el Derecho mercantil. De igual modo, se investiga en torno a las notas identificadoras de la RSE para, finalmente, establecer puntos de atracción y fijación de la RSE con respecto al Derecho de sociedades mercantiles, los códigos de buen gobierno y otros instrumentos normativos en pos de exponer las conclusiones y respuestas al interrogante que nos sirve de referencia y título.

Palabras clave: responsabilidad social empresarial, empresa, Derecho de sociedades, códigos de buen gobierno.

THE RSE FROM THE HORIZON OF THE COMMERCIAL LAW: WE ARE IN FRONT OF A NEW CONCEPT OF COMPANY?

MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS
*Profesora Titular de Derecho mercantil
de la Universidad Carlos III de Madrid*

PILAR DOPAZO FRAGUÍO
*Doctora en Derecho, Abogada, Profesora
de la Universidad Carlos III de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos CARNICER DIEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Abstract:

In this reflection analyses and puts of evident the evolution of the RSE and his relation with the understanding and functionality of the company today day and, even, with the look put in the disciplined model by the recent Law of Sustainable Economy. To such effect, examines the concept, regulation and aims of the RSE and his connection and implications with the Business-Commercial Law. Of equal way, researches around the notes of the RSE. For, finally, establish points of attraction and fixation of the RSE regarding the Law of mercantile societies, the Codes of Good Government and other normative instruments after exposing the conclusions and answers to the question that serves us of reference and title.

Keywords: corporate social responsibility, company, corporate of law, Codes of Good Government.

Sumario

1. La responsabilidad social empresarial. Estado de la cuestión y proyección.
2. Aproximación conceptual y normalización de la responsabilidad social empresarial.
3. Identificadores de la responsabilidad social empresarial.
4. Funcionalidad de la responsabilidad social empresarial.
5. La responsabilidad social empresarial desde la óptica del Derecho mercantil.
 - 5.1. La responsabilidad social desde la óptica del Derecho de sociedades mercantiles.
 - 5.2. El interés social como aglutinador de la responsabilidad social empresarial en las sociedades mercantiles.
 - 5.3. Las herramientas de la responsabilidad social empresarial y el Derecho mercantil: reglas de soft law (códigos de buen gobierno y autodisciplina).
 - 5.4. El activismo accionarial: instrumento de engarce e inclusión de la responsabilidad social empresarial y el buen gobierno de la empresa.
 - 5.4.1. Activismo de los accionistas desde la perspectiva mercantil: herramientas normativas.
6. A modo de corolario.

1. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PROYECCIÓN

La percepción de la empresa se ha venido a entender durante mucho tiempo como una entidad o instrumento cuya finalidad básica se sustentaba en maximizar el valor de los accionistas. En la actualidad, es cierto que no se desconoce la obtención del rendimiento del accionista, pero también se viene a complementar con otra serie de parámetros en los que la empresa se vea comprometida, en particular, con la atmósfera que lo circunda y, para ello, se hace necesario un nuevo enfoque en torno a la gestión empresarial¹, diferenciada de la que se ha llevado a cabo y explicado hasta el momento. La responsabilidad social empresarial, en adelante RSE, supone implicar a otros intereses² dentro de la gestión empresarial, esto es, se ha de tener en estima los intereses de la comunidad³ que la rodea. De forma tal que la RSE interviene sobre diferentes ópticas de actuación: financiera, en cuanto que persigue la rentabilidad de la empresa y su continuidad; también corporativa, al atraer la actuación de un buen gobierno corporativo; de recursos humanos, al vigilar y mejorar el capital humano;

¹ Cfr., SALAS, V. «¿Sustituye la responsabilidad social al buen gobierno de la empresa?». *Economistas*, núm. 106, 2005, pág. 4: «la responsabilidad social de la Empresa (RSE) surge como una línea de pensamiento y acción que advierte un conflicto entre el objetivo de hacer máximo el valor económico de los recursos propiedad de la empresa y las acciones puestas en marcha con tal fin, y el objetivo general de hacer máximo el bienestar de la sociedad actuando con respecto a los principios éticos y morales de la dignidad humana». Véase, *in extenso*, VARGAS ESCUDERO, L. *Mitos y realidades de la responsabilidad social corporativa en España. Un enfoque multidisciplinar*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006. MUÑOZ, M.J. «Alcance y límites de la responsabilidad social corporativa», en BENAVIDES, J., FERNÁNDEZ, J.L. y VILLAGRA, N. *La ética y la responsabilidad social de las empresas y organizaciones*. Madrid: Cátedra Javier Benjumea, Universidad Pontificia de Comillas, 2006, págs. 141 a 152. MONEVA, J.M., RIVERA, J.M. y MUÑOZ, M.J. «The Corporate Stakeholder Commitment and Social and Financial Performance». *Industrial Management and Data Systems*, núm. 1, vol. 107, 2007. También CANDELARIO MACÍAS, M.ª I. y DOPAZO FRAGUÍO, P. «Gerencia de riesgos sostenibles y RSE en la entidad aseguradora». *Cuadernos de la Fundación Mapfre*, núm. 172. Madrid: Fundación Mapfre, 2011, págs. 173 y ss.

² Según LIZCANO, J.L. y NIETO, P. *La semántica de la responsabilidad social corporativa*. Documento núm. 3, Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA), 2006, pág. 16, declaran para referirse a la responsabilidad social corporativa como la «capacidad moral, legal, o mental de una corporación (grupo de individuos integrados por ley como uno solo en derechos y deberes) para responder en aquellas áreas de la propia conducta y obligaciones referentes a la sociedad (...). Dos ámbitos, por lo tanto, claramente diferenciados, responsabilidad en el plano del compromiso y mentalización (pensamiento estratégico), y comportamiento en el plano de la acción (sistemas de dirección y gestión)». Para NIETO, M. «Difusión de la responsabilidad social corporativa en la empresa española». *Economistas*, núm. 106, 2005, pág. 42: «los problemas generados por las asimetrías de información (problemas de mal gobierno) y las externalidades negativas (problemas medioambientales), cuando son percibidos y valorados por los grupos de interés, incrementan los costes de oportunidad de realizar ciertas actividades económicas. Por este motivo una determina empresa gastará en RSC hasta compensar los costes externos que son imputables a sus actividades y que soportan los grupos de interés (reflejo de sus costes de oportunidad). Es decir, el gasto en RSC deberá coincidir con el sobreprecio que los clientes están dispuestos a pagar por disfrutar los bienes y servicios producidos bajo criterios de RSE. Así, las prácticas de RSE pueden explicarse en términos de racionalidad económica RSE: la eficiencia se conseguirá cuando los costes marginales de producción (o internos) más los costes marginales de las prácticas de RSE (o externos) coincidan con el precio de los bienes y servicios».

³ Destaca el papel de la empresa que adopta la RSE: FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. en el prólogo de la obra AA.VV. *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*. Elena F. PÉREZ CARRILLO (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2009, pág. 25: «las empresas son un pilar en los sistemas económicos capitalistas, que pueden y deben beneficiarse de sus oportunidades. Para ello han de seguir unas pautas que implican costes y que abarcan desde el control sobre la elección, remuneración y actividades de sus administradores, al cumplimiento de sus obligaciones contables, de transparencia, fiscales, laborales, ambientales, etcétera».

medioambiental, con respeto al medio ambiente y el empleo sostenible de los recursos; asimismo, sobre el entorno social, puesto que, con todo ello, se busca beneficiar a la sociedad en general⁴. Como se puede desprender de las anteriores aseveraciones, la RSE atrae hacia sí diferentes ámbitos materiales que, precisamente por su amplitud y globalidad, en muchas ocasiones es difícil abarcarlos adecuadamente en todas sus perspectivas y manifestaciones. Luego nadie duda que la responsabilidad social en las empresas forma parte de la ética y de la imagen que proyectan estas hacia el mundo que les rodea y, como tal, se convierte en una aspiración y propuesta a implementar por aquellas empresas que, además, condicionan su estrategia en pos de atender a aquel planteamiento, concretándose así en una herramienta de gestión⁵ imprescindible en su devenir futuro.

Bajo estos mimbres, no se discute el «rol» que han de cumplir las empresas en la sociedad donde actúan y, en consecuencia, el reconocimiento y cuidado de que su contribución resulta cada vez más indispensable para avanzar en los mercados globales, pero lo anterior no significa descuidar el compromiso de la integración de lo económico, lo social y lo medioambiental. Resulta relevante, de este modo, la adopción de la RSE como fórmula a expandir, aunque no se desconoce tampoco los posibles riesgos que ha de asumir adecuadamente cualquier empresa, toda vez que aquella se convierte en un elemento indiscutible de gestión empresarial y herramienta estratégica de posicionamiento y valoración positiva dentro del mercado. Compartimos –según la anterior formulación– la opinión de aquellos⁶ que señalan que «lo que está en juego en el debate sobre la RSE es un cambio de perspectiva sobre la contribución que se espera de la empresa respecto a la sociedad. No estamos hablando simplemente de prácticas empresariales, de productos o servicios; estamos hablando también de valores, sentido y legitimidad».

Parece claro que sobre la RSE se ha escrito y escribirá por ser un tema crucial⁷ en el entorno que nos rodea. Además, téngase presente que la formulación de la RSE se ha de involucrar dentro

⁴ Vid., CORTINA, A. *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*. Taurus, 1998, págs. 3 y ss. Se destaca a EMBID IRUJO, J.M. de la obra AA.VV. *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil* (dir. R. ALFONSO SÁNCHEZ). Granada: Comares, 2011, págs. XVII y XVIII, al opinar que «resulta indudable la "doble faz" de la responsabilidad social corporativa, en cuanto implica, de un lado, el propósito de integrar en el funcionamiento cotidiano de la empresa pautas no coincidentes con la exclusiva maximización del beneficio, sin perjuicio de que, de otro lado, la calificación como empresa responsable sea un poderoso instrumento de marketing de la misma, con la consiguiente repercusión positiva en la cuenta de resultados».

⁵ Para VALLAEYS, F. «La responsabilidad social de las organizaciones», en <http://blog.pucp.edu.pe/media/410/20061011La%20Responsabilidad%20Social%20de%20las%20organizaciones.pdf> (consultado por última vez el 1 de febrero de 2011): «a pesar de la aparente confusión en las definiciones y enfoques sobre responsabilidad social, su necesidad es innegable. Y sin duda es ella que explica los nuevos comportamientos que han aparecido en las últimas décadas en el mundo de las organizaciones. Cuidado: los aspectos de relaciones laborales positivas, buenas relaciones con la comunidad y filantropía, no son nada nuevo en la historia de las organizaciones. Pero sí lo son: la responsabilidad con la cadena de negocios, el enfoque medioambiental global, la ética en los negocios como tema de gestión y la bolsa de valores éticos, el marketing responsable, el comercio justo y el consumidor consciente, la estandarización de los sistemas de gestión de calidad a nivel mundial, el reporte de sostenibilidad, la consideración de los impactos globales, la cultura del diálogo con las partes interesadas (*stakeholders*), etc., es decir, todos los temas privilegiados de la responsabilidad social concebida como enfoque de gestión».

⁶ De acuerdo con LOZANO, J.M. «De la responsabilidad social de la empresa (RSE) a la empresa responsable y sostenible (ERS)». *Papeles de Economía Española*, núm. 108, 2006, págs. 43 y 47.

⁷ Al respecto, GUTHEY, E., MORSING, M. y LANGER, R. «La responsabilidad social corporativa como moda de gestión empresarial». *Harvard Deusto Business Review*, núm. 150, 2006, pág. 57, opinan que «(...) a pesar de sus ideas "vagas" y "confusas", se ha convertido en "una industria por derecho propio", con todo el boato y los excesos propios de otras modas de gestión empresarial... Las iniciativas sociales por parte de las empresas ponen de manifiesto la naturaleza básicamente social de la gestión empresarial». Más, *in totum*, GRANDAD REVILLA, G. *Gestión y comunicación de la responsabilidad social empresarial: claves para un desarrollo competitivo y sostenible*. Madrid: Ediciones Cinca, 2006.

del «ser» (identidad)⁸ de toda organización empresarial y no quedarse en meras intenciones. Si no se actúa o entiende de este modo, la RSE se quedará solo en el aspecto «espiritual» y su concreción y desarrollo será más que difícil. Luego se requiere una apuesta para actuar y delimitar los desafíos y retos de índole tanto económica como de gestión ligadas a la concepción y contenido de la RSE⁹.

Siguiendo con la línea argumentativa y de acercamiento a la RSE, destáquese que la sociedad requiere de un comportamiento responsable por parte de sus empresas¹⁰, toda vez que estas interaccionan sobre la sociedad en su actividad cotidiana, influyendo con sus actuaciones de una manera tanto positiva como negativa¹¹. Agregado a ello, la gestión privada suele ajustarse a los criterios de eficiencia y racionalidad en el empleo de sus recursos, de suerte tal que las acciones promocionadas desde la iniciativa privada tienen un carácter marcadamente eficaz. Así las cosas, la sociedad demanda la aportación y existencia de empresas responsables¹² que estimulen el bienestar para seguir siendo eficientes y racionales, cuestión que también requiere un marco social que les posibilite sustentar el éxito. Esta interdependencia ha de ser equilibrada, puesto que no siempre puede ser forzada a convertir las empresas privadas en ONG o a asumir funciones que le corresponden al Estado, con la consiguiente desviación de su naturaleza. En cualquiera de los casos, parece razonable pensar que una empresa responsable vendrá a generar valor añadido a los diferentes grupos que conforman la estructura empresarial, accionistas, clientes, directivos, personas, proveedores, comunidad, etc., siendo los accionistas el grupo más relevante por ser, precisamente, los propietarios de dicha empresa. El interrogante que se plantea a continuación es: ¿cuál es el valor para los accionistas? *En términos económicos, valor se define como la capacidad que tiene una empresa para generar flujos de caja en el futuro que, descontados a momen-*

⁸ Cfr., MULLERAT, R. «"Quo Vadis" responsabilidad social de la empresa», en *Cinco Días*, 26 de abril de 2010, expresa «el eslogan *the business of business is business* se vea sustituido por *the business of business is socially responsible business*». También, *in extenso*, GOUJON RUÍZ MELENDRETAS, J.L. *La responsabilidad social corporativa y los procesos de redimensionamiento empresarial*. Madrid: Global Strategies, 2006.

⁹ Cfr., GARRIGUES WALKER, A. y TRULLENQUE, F. «Responsabilidad social corporativa: ¿papel mojado o necesidad estratégica?». *Harvard Deusto Business Review*, enero 2008, pág. 34.

¹⁰ Conforme con VALLAEYS, F. «La responsabilidad social de las organizaciones». *Op. ult. cit.*, págs. 8 y 9, declara que «La responsabilidad social, desde una perspectiva organizacional, es: un compromiso para identificar y comprender los efectos de sus acciones en el mundo, considerar los impactos social, ambiental y económico, y los puntos de vista de las partes interesadas y asociadas a estos temas (*stakeholders*). Un compromiso para considerar, concertar y responder de manera coherente (sea negativa o positivamente) a las aspiraciones, preocupaciones y necesidades de todas las partes interesadas. Un compromiso para rendir cuentas de sus decisiones, acciones e impactos a las partes interesadas, con transparencia. Un compromiso para dar respuesta a los problemas que se presentan y cumplir con lo declarado y pactado en la misión y visión y los acuerdos firmados de la organización (ser confiable). Es en base a esta definición precisa y exigente del término «responsabilidad», apoyada en una gestión transparente y participativa (...) Esto implica que las organizaciones sepan *responder por* sus acciones (deseadas y planificadas) y los impactos de estas (muchas veces no deseados ni planificados) y sepan *responder a* las partes interesadas directamente vinculadas con ellas (sus empleados, clientes y proveedores directos, accionistas, etc.) y, más allá, a todos los grupos que pueden estar afectados por los impactos de sus acciones, que estos grupos se constituyan en interlocutores vinculados con las organizaciones (como asociaciones de consumidores, instituciones públicas, ONG medioambientales, etc.) o queden al estado de interlocutores potenciales (como los televidentes, los niños residentes de una cuenca, o las generaciones futuras...)».

¹¹ Así se manifiesta GARRIGUES WALKER, A. y TRULLENQUE, F. «Responsabilidad social corporativa: ¿papel mojado o necesidad estratégica?». *Op. cit.*, pág. 19: «muchas empresas se habían dedicado a velar casi exclusivamente por sus propios intereses para obtener los mayores resultados económicos posibles y, a menudo, sin considerar demasiado cuáles eran los medios utilizados ni la sostenibilidad real de sus planes a largo plazo. Nos encontrábamos en una economía más primitiva y menos sofisticada en la que conceptos como responsabilidad y sostenibilidad no estaban encima de la mesa».

¹² *Id.*, MULLERAT, R. «"Quo Vadis" responsabilidad social de la empresa». *Op. cit.*, apunta que «en 2008, el 80 por 100 de las 250 mayores empresas del mundo publicaban ya informes sociales o medioambientales y en algunos países como Francia la publicación de informes de sostenibilidad, junto a los económicos, es ya legalmente exigible».

to actual, produzcan una rentabilidad sobre el capital invertido adecuada al nivel de riesgo asumido¹³. No obstante, nos perderíamos el discurso de forma completa si no se señalara que los accionistas no son el único grupo que concurre en la estructura y efectividad de una sociedad, toda vez que hay otros grupos de interés que hay que tener cada vez más en consideración. De modo tal que cualquier modelo de gestión responsable y sostenible ha de tener muy en cuenta las inquietudes que también plantean el resto de grupos de interés, además de ser el basamento de la empresa, puesto que, en definitiva, la satisfacción de todos ellos viene a generar resultados más efectivos y más sostenibles para sus accionistas y la sociedad en sí. Esta perspectiva de beneficio para la empresa provoca riqueza para todos los grupos de intereses y, en suma, posibilita un éxito sostenible de la propia empresa.

Nadie discute tampoco que, ab initio, las sociedades han de observar una serie de normativas, amén de que han de cumplir una de sus obligaciones o responsabilidad traducida en maximizar y rentabilizar en la medida de lo posible los beneficios y el valor para los accionistas, extremo este último, pues, que no se pone en duda. Este planteamiento es el que ha de mantenerse a lo largo del tiempo, pero también es verdad que el mismo ha de complementarse e integrarse con otra obligación o responsabilidad añadida como es la destinada a incorporar la responsabilidad social dentro de la estructura organizacional de la empresa porque de este modo se beneficia, a la par, al accionista y a la sociedad en general¹⁴, tal y como venimos insistiendo. En suma, estaríamos ante una evolución o progreso dentro de la gestión de la organización consistente en introducir unas nuevas estrategias en la gerencia destinada a equilibrar una gran variedad de intereses. Al fin y al cabo, lo anterior implica una nueva concienciación de la gestión empresarial al atraer otra serie de valores donde se halla la RSE.

Se vislumbra de lo descrito que la RSE debe formar parte de la identidad estructural¹⁵ y estratégica de cualquier sociedad¹⁶ (empresa/organización). Así las cosas, las consecuencias que se derivan

¹³ Véase, en esta línea de opinión: GALIANO, J.P. «La integración de la RSC en la estrategia empresarial: ventajas, retos y dificultades». En AA.VV. *Gestión y comunicación de la RSE: claves para un desarrollo competitivo y sostenible*. Madrid: Grupo Editorial Cinca SA, 2006, págs. 57 y ss. También, GARRIGUES WALKER, A. y TRULLENQUE, F. «Responsabilidad social corporativa: ¿papel mojado o necesidad estratégica?». *Op. cit.*, pág. 23, puntualizan «valor supone que una empresa es capaz de generar beneficios de forma sostenible –ahora y en el futuro– acordes con su riesgo de negocio. Por tanto, el valor tiene mucho que ver con el futuro y, por ello, con la sostenibilidad de los resultados en el futuro».

¹⁴ *Vid.*, PORTER, M. y KRAMER, M.R. *La filantropía empresarial como ventaja competitiva*, Deusto, 2004, pág. 4.

¹⁵ *Cfr.*, CARROLL, A.B. «The pyramid of corporate social responsibility: Toward the moral Management of organizational stakeholderes». *Business Horizons*, núm. 34, 1991. págs. 39-48. Véase, además, SOMOZA LÓPEZ, A. y VALLVERDU CALAFELL, J. «Reflexionando acerca de la RSE». *Revista AECA*, núm. 75, 2006, págs. 4 y 5, se interrogan «si nos planteamos lo que la empresa "recibe" de la sociedad, por qué no considerar lo que la sociedad recibe de la empresa. En definitiva, si la organización obtiene un beneficio económico que le da rentabilidad a sus activos propios, parecería lógico que también la sociedad obtuviera una rentabilidad sobre los activos que utiliza la empresa, pero que son propiedad de la sociedad... la gran cuestión es, pues, determinar si la contribución de la empresa a la sociedad es mayor o menor que el resultado económico que obtiene». TORTOSA, E. «Responsabilidad social de la empresa: un nuevo modelo de empresa». *Papeles de Economía Española*, núm. 108, 2006, págs. 107 y 108, destaca «sin olvidar que hablar de responsabilidad social de la empresa implica, necesariamente, hacer referencia a la ética empresarial, base y sustento del nuevo modelo de empresa que pretende construirse (...) una cultura empresarial que dé respuesta a las exigencias de los diferentes grupos de interés que rodean a la empresa (...) la responsabilidad social aparece como un modo ético de gestionar la empresa, como una herramienta de gestión que ayude a dar respuesta al nuevo modelo de empresa que plantea la ética empresarial». Igualmente, SAJARDO, RIBAS, BENAVENT, SAZ, SERRA y VILAR. *La responsabilidad social interna de las empresas en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, págs. 20 y ss.

¹⁶ Véase el informe de la COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*. Bruselas, 18 de julio de 2001. También el *Global Reporting Initiative, Sustainability Reporting Guidelines*. Boston, USA, 2002.

de la actuación de las empresas tienen su impronta en el entorno global que las rodea. Y esto es así no solo en el plano netamente económico, sino también en la esfera ética y social de su actuación, y no solo desde la relación de la empresa con sus asociados y miembros, sino de la entidad per se. Como puede alcanzarse a comprender, dichas actuaciones trascienden más allá cuando la empresa se ubica en entornos globalizados y –no resulta extraño ni llamativo– que hayan sido determinadas instituciones localizadas en ámbitos internacionales las que hayan apelado a tener unas reglas *de minimis* –no de carácter imperativo sino convencionales y adoptadas voluntariamente– para poder ordenar o regularizar las implicaciones éticas y sociales de las empresas. Sin ir más lejos, nótese lo que declara la Comisión de la Unión Europea en orden a la RSE como objetivo a observar por las empresas para lograr que «la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con una mayor cohesión social»¹⁷.

Bajo este panorama explicativo, resulta también imprescindible reseñar algunas notas sobre la evolución¹⁸ de la RSE. La RSE muestra en diferentes fases que ha recorrido un camino¹⁹ cada vez más dirigido a la perfección, si bien todavía nos quedan muchos obstáculos y paradas en el camino por realizar. En este recorrido nos encontramos, en una primera fase, con una responsabilidad social desintegrada para pasar, después, a una responsabilidad social comunicativa y llegar a la responsabilidad social estratégica en la que nos ubicamos en la actualidad. En esta fase, el propósito no es solo comunicar sino el dato de crear, a través de una actuación responsable, ventajas competitivas que realcen el modelo de negocio de una empresa respecto a otras. Este estadio más avanzado supone integrar la RSE dentro de la identidad, la naturaleza y la estrategia de la empresa. La pregunta que

¹⁷ Véase, COM (2002) 347 Final, Bruxelles, 2 de julio de 2002. Por su lado, *vid.*, MUÑOZ TORRES, M.^a J. «Gobierno y responsabilidad social corporativa». *Libros de Economía y Empresa*, núm. 3, 2007, pág. 9: «el término desarrollo sostenible se conceptúa en el conocido informe Brundtland (Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo, 1988) como aquel que satisfice las necesidades presentes sin comprometer la capacidad de generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades. La introducción de la sostenibilidad en la gestión de las organizaciones, especialmente de las empresas, está vinculada a la naturaleza de los cambios que acontecen en un entorno mundial complejo y en continua evolución. Uno de los motores de cambio es la existencia de nuevas inquietudes y expectativas de los diferentes grupos de interés con los que interactúa la empresa como organización: ciudadanos, consumidores, trabajadores, poderes públicos e inversores, en un contexto de globalización y cambio industrial a gran escala».

¹⁸ Cfr., GARRIGUES WALKER, A. y TRULLENQUE, F. «Responsabilidad social corporativa: ¿papel mojado o necesidad estratégica?». *Op. cit.*, págs. 26 y ss. JAUREGUI, R. «La empresa responsable en la nueva sociedad». *Economistas*, núm. 106, 2005, págs. 46 y ss. Para CUERVO, A. «La maximización del valor para el accionista versus la responsabilidad social corporativa ¿compatibilidad?». *Economistas*, núm. 106, 2005, pág. 17: «la empresa incorpora los criterios de responsabilidad social y medioambiental por tres tipos de razones que pueden condicionar el objetivo básico de maximizar el valor de la empresa: 1) el cumplimiento de las leyes y la presión de la sociedad; 2) la presión de los mercados de productos e *inputs*, como forma de evitar riesgos para la empresa y como instrumento de cambio en las preferencias de los consumidores; 3) la RSE como parte de la estrategia competitiva empresarial, para generar activos intangibles y protección. En suma, *capital moral* que contribuye a la creación de riqueza para los accionistas». También, VELERDAS PERALTA, Á. «Aproximación jurídica a la responsabilidad social corporativa». En AA.VV. *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil* (dir. R. ALFONSO SANCHEZ). Granada: Comares, 2011, págs. 3 y ss.

¹⁹ Declara GARCÍA CALVENTE, Y. «El Derecho financiero y tributario ante la responsabilidad social de la empresa». AA.VV. *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*. FERNÁNDEZ AMOR y GALA DURÁN (coords.). Madrid: Marcial Pons, 2009, págs. 22 y 23: «la génesis de la RSE suele localizarse en la proliferación de escándalos empresariales con gran repercusión mediática que provocaron la desconfianza de la sociedad en la empresa. Baste recordar el caso *Watergate*, que conmocionó a la ciudadanía y tuvo consecuencias políticas por todos conocidas. Paulatinamente, la confianza, la credibilidad, se fue convirtiendo en un valor empresarial y se afianzó la idea de que para generar beneficio las empresas, además de tomar decisiones adecuadas, deben comportarse de forma ética (...).» ESTEBAN LEGARETA, R. y ROJO TORRECILLA, E. «Responsabilidad social empresarial y colectivos desfavorecidos». AA.VV. *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*. FERNÁNDEZ AMOR y GALA DURÁN (coords.). Madrid: Marcial Pons, 2009, págs. 131 y ss.

se cuestiona –a continuación– es: ¿cómo incluir la RSE en la estrategia empresarial? La respuesta tiene diferentes implicaciones, si bien todas se concentran en seleccionar aquellos aspectos de la RSE de especial relieve en orden a generar valor a la empresa, en particular, delimitando estrategias enfocadas, integradas y sinérgicas con las apuestas estratégicas tradicionales –ya conocidas– desde el punto de vista económico y de gerencia del negocio. A tal fin, la confección de un «mapa estratégico responsable» nos facilitaría incorporar las apuestas de RSE en la estrategia de negocio, priorizando los aspectos esenciales que tienden a la excelencia de la empresa.

A la luz de lo reseñado, tampoco se ha de desconocer la formulación de la RSE como conjunto de criterios/parámetros de evaluación del riesgo²⁰. Adviértase, además, que la RSE plantea diversas facetas y, de ahí que su concepto, tenga que confeccionarse desde una perspectiva integradora, sin embargo, observamos cómo la literatura sobre responsabilidad social empresarial se analiza e investiga alrededor de diferentes áreas de investigación interconectadas (finanzas, organización, contabilidad, economía, comercialización, ética empresarial) y, en menor medida, es estudiada por el Derecho. Pero lo anterior no ha de ser obstáculo, sino al contrario, para profundizar en el debate abierto de la RSE desde la óptica del Derecho²¹ y, en especial, del Derecho mercantil²².

²⁰ Cfr., MUÑOZ TORRES, M.ª J. «Gobierno y responsabilidad social corporativa». *Op. cit.*, pág. 9.

²¹ *Vid.*, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. *Derecho, ética y negocios*. Alicante: Universidad de Alicante, 1993. ESTEBAN VELASCO, G. *et Alii. Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídico-económicos*. Castellón de la Plana: Universidad Jaume I, 2005, págs. 89-90.

²² Se han de tener presente, también, las conexiones e implicaciones de la RSE con la tutela de los consumidores y usuarios (entre otros extremos) y, dentro del ámbito del Derecho mercantil, la aplicación y observancia del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007). En particular, se ha de considerar el Libro III, relativo a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos. Por su parte, describe José VARGAS NIELLO, Taller ISO-COPOLCO, junio 2002, y *Código de conducta del consumidor para la gran empresa*, *Consumers International*, octubre 1997: «Para los consumidores existen materias muy sensibles que las empresas deberían asumir en sus iniciativas de responsabilidad social. Algunas de ellas son: - El respeto por las leyes que garantizan la competencia, evitando políticas de concentración monopólica. - El desarrollo de prácticas comerciales transparentes que no abusen de la falta de conocimientos y experiencia de los consumidores. - El respeto por las normas nacionales e internacionales que hagan que los productos y servicios distribuidos a los consumidores sean seguros, amigables con el medio ambiente, se puedan usar para los fines a los que están destinados y que sean regularmente controlados por las empresas. - La necesidad de proporcionar información veraz, clara y oportuna, cuidando que el nivel de información sea el mismo en todos los países en que opera la empresa. - La entrega de garantías efectivas a los consumidores por los bienes defectuosos y hacerlo más allá de cualquier obligación legal». Asimismo, nótese que se precisa como ámbito de gestión de la RSE la protección de los consumidores en http://www.observatoriorsc.org/index.php?option=com_content&view=article&id=77&Itemid=114&lang=es (consultado por última vez el 13 de enero de 2011), al relatar que «las directrices de las Naciones Unidas para protección del consumidor, se basan en ocho principios que legitiman internacionalmente los intereses de los consumidores: el derecho al acceso a bienes y servicios básicos, el derecho a la seguridad, el derecho a la salud, el derecho a la información, el derecho a elegir, el derecho a ser escuchados y reclamar, el derecho a la educación como consumidor, así como el derecho a la sostenibilidad. Las corporaciones deberían ayudar a implementar los principios de producción y consumo sostenible, según lo establecido por tratados nacionales e internacionales. El derecho del consumidor a una producción y un consumo sostenibles están especificados, entre otros, en la Declaración de Río, en el Informe Brundtland y en la Unión Europea». Otras manifestaciones de relación entre RSE y Derecho mercantil pueden observarse, *in extenso*, en la obra colectiva coordinada por ALFONSO SÁNCHEZ, R. (AA.VV.). *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil*. Granada: Comares, 2011. Subrayar las palabras del profesor EMBID IRUJO, J.M. de la obra AA.VV. *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil* (dir. R. ALFONSO SÁNCHEZ). Granada: Comares, 2011, págs. XVIII: «la responsabilidad social corporativa incide de manera significativa en numerosos sectores del ordenamiento jurídico, sobre todo, como es natural, en aquellos donde la empresa puede llegar a constituir el "centro organizador" de la disciplina positiva. De entre esos sectores del ordenamiento jurídico interesados en el tratamiento de la empresa, la repercusión más honda de nuestra figura se produce, tal vez en el Derecho mercantil, por ser en su ámbito donde se contiene la disciplina jurídica más completa sobre la empresa, en lo relativo tanto a su organización, como al desarrollo de su actividad en el mercado». MARTÍ MOYA, V. «La responsabilidad social corporativa y el derecho de la competencia». *Op. ult. cit.*, pág. 57.

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y NORMALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

La RSE o la responsabilidad social corporativa (RSC)²³, como ya se ha anticipado, se construyen bajo la asunción voluntaria por parte de las empresas de responsabilidades derivadas de los efectos de su actividad²⁴ sobre el mercado, la sociedad, el medio ambiente y las condiciones del desarrollo humano²⁵. Este planteamiento aparece consensuado por todos aquellos²⁶ que admiten la existencia y consecuencias de la RSE.

²³ Conforme a LIZCANO, J.L. y NIETO, P. *La semántica de la responsabilidad social corporativa*. *Op. cit.*, pág. 18, explican que «a simple vista podría decirse que las definiciones de los diccionarios para el término "corporación" se ajustan mejor a la concepción social de empresa, en tanto en cuanto se hace mención expresa de su composición humana (personas) con capacidades de autogobierno y derechos y obligaciones legalmente reconocidos. El término "empresa", por su parte, hace mención explícita a una finalidad económica y mercantil de la organización con ánimo de lucro. No obstante, ambos términos describen una misma realidad: conjunto de personas que se organizan en torno a una actividad económica (industrial, mercantil o de prestación de servicios) con el objetivo de obtener beneficios (lucro). Por tanto, responsabilidad social corporativa y responsabilidad social de la empresa pueden considerarse expresiones y términos sinónimos».

²⁴ Para SÁNCHEZ HUETE, M.A. «La acción social y la responsabilidad social. Posibilidades y límites de la intervención normativa financiera». AA.VV. *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*. FERNÁNDEZ AMOR y GALA DURÁN (coords.). Madrid: Marcial Pons, 2009, pág. 89, dice «la responsabilidad social parte de las premisas éticas del comportamiento no tan solo de los individuos que componen la empresa, sino de su actuación como tal. Pero, además, se trata de un comportamiento ético transido de consideraciones prácticas, en ningún modo altruista. El mismo permite obtener rentabilidades, abaratar costes en la medida que evita conflictos –por ejemplo con trabajadores–, busca corresponsabilizar y entusiasmar con proyectos, pretende mejorar la gestión del riesgo, la posición en el mercado, el funcionamiento de la organización y reforzar las relaciones con los agentes políticos y sociales». Y añade, en la pág. 91, «el concepto de RS posee un contenido difuso y contingente; difuso, por cuanto carece de una delimitación concreta; y contingente, al depender de lo que la ley considere en cada situación como obligatorio».

²⁵ Cfr., en este sentido, la opinión de DEL REY GUANTER, S. «Responsabilidad social empresarial y orden social: algunas reflexiones sobre sus conexiones semánticas (o terminológicas) y sustanciales». *Op. cit.*, págs. 43 y 44, «de un conjunto de recomendaciones a nivel de organismos internacionales y europeos y de un creciente número de empresas (especialmente multinacionales) que, con distintos nombres y contenidos, han desarrollado y están desarrollando de forma creciente unas políticas empresariales que, aunque con distintos contenidos (e incluso denominación) pueden ser incluíbles dentro de una concepción amplia de la denominada *responsabilidad social empresarial*. (...) la falta incluso de una aceptada definición de RSE, lo cual hace complejo no solo su identificación, sino, sobre todo, sus posibles vinculaciones con el ámbito jurídico propio del orden social». También, GARCÍA VILCHEZ, E.J. «La responsabilidad social y su importancia en la gestión empresarial». *Qualitas Hodie*, noviembre-diciembre, 2006, pág. 67. FERNÁNDEZ AMOR y GALA DURÁN (coords.). *Op. cit.*, págs. 117 y 118. MUÑOZ TORRES, M.^a J. «Gobierno y responsabilidad social corporativa». *Op. cit.*, pág. 8, subraya que «la denominada responsabilidad social corporativa supone la integración por parte de las empresas de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con sus interlocutores, al tiempo que constituye la contribución empresarial al *desarrollo sostenible*». Igualmente, GARCÍA CALVENTE, Y. «Fomento de la inversión socialmente responsable a través de incentivos fiscales». AA.VV. *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*. FISHER, J. «Social responsibility and ethics: clarifying the concepts». *Journal of Business Ethics*, núm. 52, 2004, págs. 391 a 400. GARRIGA, E. y MELÉ, D. «Corporate social responsibility theories: mapping the territory». *Journal of Business Ethics*, núm. 53, 2004, págs. 51-71. TORTOSA, E. «Responsabilidad social de la empresa: un nuevo modelo de empresa». *Op. cit.*, pág. 112, destaca, por su lado, que «la empresa socialmente responsable es aquella que, en sus actuaciones, asume la responsabilidad de producir un beneficio económico, social y medioambiental interna, externa y globalmente, tanto en su vertiente de dar cuentas como en su vertiente de dar respuesta. Y, además, todo esto ha de formar parte de su cultura empresarial (...) Y esta cultura, por supuesto, ha de tener como sustento un criterio ético de comportamiento por parte de las empresas, es decir, una ética empresarial». Dentro del sector asegurador, cfr., el documento «La responsabilidad social corporativa en el sector asegurador. La RSC generadora de valor. Experiencias al alcance de todos», mayo 2010, donde se ofrecen diferentes definiciones en torno a la RSC, pág. 20, «compromiso real y basado en la acción de aportar el máximo valor posible y equilibrado a sus grupos de interés directos (accionistas, clientes, empleados y proveedores) y al conjunto de la sociedad en las que opera». También destaca aquella que señala «contribución voluntaria dirigida a la mejora social, económica y medioambiental para impulsar el conocimiento y reputación de la empresa».

²⁶ LIBERTINI, M. «Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa». *Riv. Soc.*, genn-febb., 2009, págs. 17 y ss. EMBID IRUJO, J.M. «Responsabilidad social corporativa y capital riesgo». *Revista de Capital Riesgo*, núm. 3, 2009, págs. 6 y ss.

Antes de adentrarnos en las diferentes conceptualizaciones y estandarización de la RSE, se ha de fijar cuáles son las normas de referencia que habilitan el reconocimiento y la tutela de la RSE en nuestro país. A tal fin, el punto de partida normativo para poder comprender el contenido y extensión que integra la RSE viene proporcionado por lo que se decreta en nuestra Constitución como ley marco. Y, en especial, la cláusula informadora de nuestro sistema económico representado en el artículo 38²⁷ de la Constitución Española (CE) al decretar que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». Ergo, las demandas sociales configuradoras de la economía y los intereses generales son punto prioritario y de observancia en relación con la libertad de empresa²⁸. Téngase presente, a su vez, que dentro del cuadro de la RSE se incluyen valores dignos de subrayar. Valores que coinciden, esencialmente, con lo establecido en el Capítulo III, Título I de la CE. Baste recordar, en este momento, lo que se contempla en el Capítulo III, relativo a «Principios rectores de la política social y económica», *ex* artículos 39 a 42 de la CE, del Título I, «De los derechos y deberes fundamentales». Ciertamente que es un foco de actuación amplio y disperso –calificativos también atribuibles a la RSE, tal y como observaremos *infra*–. Pero en cualquiera de los casos, estos principios hallan su eficacia y garantías prácticas a través de lo disciplinado en el artículo 9.1 de la CE, que destaca el carácter vinculante y obligatorio de nuestra Constitución, además de ser parámetros de actuación y obligado cumplimiento tanto por el legislador como por los poderes públicos. Luego el contenido de la RSE tiene un referente cualitativo y cuantitativo desde una perspectiva normativa habilitadora como es la Constitución²⁹.

Agregado a lo anterior, tampoco puede pasarse por alto la reciente Ley de Economía Sostenible³⁰, Ley 2/2011, de 4 de marzo, que sirve de paraguas promotor y protector del marco de la RSE,

²⁷ En el prólogo del profesor EMBID IRUJO, J.M. a la obra AA.VV. *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil. Op. ult. cit.*, pág. XVIII, precisa que «el contenido esencial de la libertad de empresa, por ser esta libertad pública una suerte de columna vertebral de la "vida" de la empresa y por vincularse a sus tres aspectos básicos (acceso al mercado, organización y ejercicio de la actividad empresarial, y cesación en la misma) el grueso de la disciplina jurídico-mercantil».

²⁸ En la misma línea de opinión, FUENTES GANZO, E. «La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas». *Op. cit.*, págs. 8 y 9, explica que «el artículo 38 que reconoce la libertad de empresa, pero que subordina a "las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación"; o la más genérica disposición del artículo 45.2 del mismo texto legal que estatuye que los poderes públicos "velarán" por la utilización racional de los recursos naturales "apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva". Postulaciones, ambas, que entran en la misma entraña del concepto de RSC». Añade en la pág. 13: «los principios de "libre empresa" deben ceder ante los más altos y sociales del "interés general"».

²⁹ Cfr., por todos, SÁNCHEZ HUETE, M.A. «La acción social y la responsabilidad social. Posibilidades y límites de la intervención normativa financiera». AA.VV. *Op. cit.*, pág. 95, enseña y escribe de manera certera al declarar que «tales preceptos poseen una vinculación directa a la hora de informar la práctica judicial, así el artículo 5.1 de la LOPJ reafirma la posibilidad de su alegación ante los tribunales ordinarios, en la medida que constituyan manifestación de principios. Por consiguiente, el Capítulo III del Título I de la CE resulta el ámbito objetivo de la RS a incentivar por los poderes públicos, si bien condicionado a que no resulten comportamientos coercibles, bien por haberse desarrollado normativamente y devenir conductas obligadas, o bien porque se derive de tal carácter de su exégesis en la interpretación que efectúen los tribunales. La concreción y la elección, por cada agente de la RS, de cuáles son los valores que desea plasmar se ha de efectuar de manera procesual y dinámica, en el seno de la propia organización».

³⁰ BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

al establecer el modelo español de economía sostenible (ex art. 2) ³¹. El citado texto regula diversos contenidos con el propósito de procurar la sostenibilidad (desarrollo y crecimiento económico equilibrado y duradero), así como la previsión de varias reformas legales que afectaran a distintas materias y sectores prioritarios, aportando destacadas novedades pero, sobre todo y a lo que aquí nos interesa, por representar un conjunto de reformas tendentes a la renovación del modelo productivo de la economía española tendente hacia un modelo más sostenible desde el punto de vista económico, social y medioambiental. En concreto, el artículo 39 ³² es el encargado de fomentar la RSE en todo tipo de empresas y organizaciones, estableciendo unas pautas mínimas que se remiten a los estándares internacionales y al proceso continuo y de mejora en que se está convirtiendo la RSE, aunque también se ha de significar que sigue siendo facultativa (voluntaria) la adopción de la RSE por parte de las empresas y las organizaciones, a la postre, concepción y normalización en similar línea de lo que se está realizando en el momento presente, quedándose en una mera declaración de intenciones y de carácter programatorio.

Por otro lado, observemos seguidamente algunas de las definiciones más relevantes, a saber:

³¹ Decreta el artículo 2. *Economía sostenible*.

A los efectos de la presente ley, se entiende por economía sostenible un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades.

³² Ordena el artículo 39. *Promoción de la responsabilidad social de las empresas*.

1. Con el objetivo de incentivar a las empresas, organizaciones e instituciones públicas o privadas, especialmente a las pequeñas y medianas y a las empresas individuales, a incorporar o desarrollar políticas de responsabilidad social, las Administraciones Públicas mantendrán una política de promoción de la responsabilidad social, difundiendo su conocimiento y las mejores prácticas existentes y estimulando el estudio y análisis sobre los efectos en materia de competitividad empresarial de las políticas de responsabilidad social.

En particular, el Gobierno pondrá a su disposición un conjunto de características e indicadores para su autoevaluación en materia de responsabilidad social, así como modelos o referencias de reporte, todo ello de acuerdo con los estándares internacionales en la materia.

2. El conjunto de características, indicadores y modelos de referencia a que se refiere el apartado anterior deberá atender especialmente a los objetivos de transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con lo local y el medio ambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del consumo sostenible, todo ello de acuerdo con las recomendaciones que, en este sentido, haga el Consejo Estatal de la RSE, constituido por el Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Consejo Estatal de responsabilidad social de las Empresas.

3. Las sociedades anónimas podrán hacer públicos con carácter anual sus políticas y resultados en materia de RSE a través de un informe específico basado en los objetivos, características, indicadores y estándares internacionales mencionados en los apartados anteriores. En todo caso, en dicho informe específico deberá constar si ha sido verificado o no por terceras partes.

En el caso de sociedades anónimas de más de 1.000 asalariados, este informe anual de RSE será objeto de comunicación al Consejo Estatal de RSE que permita efectuar un adecuado seguimiento sobre el grado de implantación de las políticas de RSE en las grandes empresas españolas.

Asimismo, cualquier empresa podrá solicitar voluntariamente ser reconocida como empresa socialmente responsable, de acuerdo con las condiciones que determine el Consejo Estatal de RSE.

4. El Gobierno facilitará los recursos necesarios para que el Consejo Estatal de RSE pueda llevar a cabo plenamente sus funciones.

En el ámbito de actuación de la Unión Europea ³³, cabe destacar el Libro Verde de la Unión Europea ³⁴, donde se relata que «(...) la responsabilidad principal de las empresas consiste en generar beneficios, pueden contribuir al mismo tiempo al logro de objetivos sociales y medioambientales, integrando la responsabilidad social como inversión estratégica en el núcleo de su estrategia empresarial, sus instrumentos de gestión y sus actividades». Agregado a este preludeo, el Libro Verde viene a conceptualizar qué se entiende por RSE: «La integración voluntaria por parte de las empresas de las preocupaciones sociales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con los interlocutores» ³⁵. También, bajo la misma sintonía, en la Comunicación de 2 de julio de 2002, presentada por la Comisión Europea en pos de explicar y reflexionar acerca de las discusiones surgidas a raíz del Libro Verde ³⁶, se argüía la creación de informes sociales en los que se implementarán exhaustivas informaciones sobre las políticas empresariales en torno al empleo y a las condiciones de trabajo, entre otros extremos.

Con el correr del tiempo, nos encontramos, a su vez, la Comunicación de la Comisión de 22 de marzo de 2006, que seguía con los mismos derroteros de debate y reflexión en torno a la RSE ³⁷.

Junto a las reglas descritas, no puede pasarse por alto la labor de las diferentes instituciones encargadas de la estandarización de normas en torno a la RSE. A nivel europeo, en paralelo con las iniciativas internacionales, se ha constituido una asociación bajo las siglas CSR (*Corporate Social*

³³ Yendo más allá de la normativa constitutiva suprema, precisa FUENTES GANZO, E. «La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas». *Op. cit.*, págs. 6 y 7: «la Constitución Europea. Herencia de los tratados constitutivos. La Unión Europea posee una carta o estatuto normativo básico, que primero desde su fundación en el Tratado de Roma era su *norma normarum* (...) Dentro del desarrollo normativo de este extenso texto constitucional se recogen artículos que orbitan en torno a dos conceptos fundamentales asumidos por los Estados miembros, por un lado el fundamento propio de los Estados de derecho de la libertad de empresa (art. II, 76 del Tratado), pero al mismo tiempo se establecen límites a la misma. En consonancia con los otros principios normativos provenientes del Estado social de derecho, estableciendo como límite a la misma "el derecho de la propia Unión", lo que abre la vía normativa para introducir con rango normativo, entre otras, las cuestiones de RSC. Abierta esta vía futura se regulan no obstante tres aspectos dentro del ámbito normativo que puede ser la RSC: - El desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente (art. II, 97). - La protección del consumidor (art. II, 98). - La ayuda humanitaria a terceros países (art. III, 321)».

³⁴ Así se manifiesta TORTOSA, E. «Responsabilidad social de la empresa: un nuevo modelo de empresa». *Op. ult. cit.*, pág. 111. Por su parte, remarca FUENTES GANZO, E. «La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas». *Op. cit.*, págs. 7 y 8: «desde una perspectiva aplicativa y práctica por parte del Derecho de la Unión y del de cada Estado miembro hay que situar el Libro Verde como un instrumento jurídico aplicativo: algo más que una mera declaración de intenciones y algo menos que una norma jurídica de carácter positivo, pero que en un sistema jurídico como el español o los de tipo continental tiene efectos jurídicos como fuente del Derecho conforme a lo que preceptúa el artículo 1.4 del Código Civil (...) y en este sentido como documento normativo de la Comisión son Principios del Derecho, es decir la interpretación auténtica que la Comisión confiere a los mismos». En igual línea, VELERDAS PERALTA, A. «Aproximación jurídica a la responsabilidad social corporativa». *Op. ult. cit.*, pág. 11.

³⁵ Cfr., el documento *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Bruxelles, 18 de julio de 2001, COM (2001) 366 Final.

³⁶ Véase, para mayor información, *La responsabilidad social de las empresas. Una contribución a un desarrollo sostenible*, COM (2002) 347 Final, de 2 de julio de 2002. Al respecto, cfr., TOVAR, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B. «Sobre el concepto de responsabilidad social de las empresas: un análisis europeo comparado». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 27, núm. 2. Universidad Complutense de Madrid, 2009, págs. 53 a 75. NAVARRO MATAMOROS, L. «La responsabilidad social de la empresa en el ámbito de la Unión Europea». En AA.VV. *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil* (dir. R. ALFONSO SÁNCHEZ). Granada: Comares, 2011, págs. 31 y ss., especialmente, págs. 33 y ss.

³⁷ Cfr., *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*, COM (2006) 136 Final.

Responsibility), que acoge y traslada los principios creados por la WBCSR y la SAL, reuniendo sus propios estándares, que funcionan como *bench marks* susceptibles de incorporarse a los balances sociales de las empresas³⁸.

Durante el transcurso de los años han surgido bastantes informes, foros, recomendaciones y trabajos que aparecen y giran alrededor de la RSE en orden a diseñar sus límites, estudiar su implementación y consecuencias en las empresas –todo tipo de empresas– y cómo ello incide, además, en la economía y en la sociedad en general.

A nivel internacional, otra de las pautas a tener en consideración viene proporcionada por el Pacto mundial propuesto por Naciones Unidas³⁹, que es la encargada de ilustrar una serie de principios encuadrados como marco de referencia por el que se rijan las sociedades y empresas que quieran actuar socialmente responsables. Esta herramienta se acoge de manera voluntaria e implica un compromiso y tendencia a alinearse en el cumplimiento de una serie de principios que afectan y se sintetizan en determinadas temáticas, tales como instrumentos anticorrupción, derechos humanos, pautas laborales, medio ambiente y sostenibilidad⁴⁰. En similar línea de comportamiento, nos encontramos con la tarea llevada a cabo por la OCDE, en concreto, a través de las Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales, donde se contienen recomendaciones destinadas a los poderes ejecutivos y públicos. Las reglas son de naturaleza voluntaria, establecen conductas empresariales responsables dentro del respeto y observancia a la legislación existente. Pese a lo reseñado, se constata que aún faltan reglas (normalización)⁴¹ de la RSE, en este sentido, se está y sigue trabajando, toda vez que la no existencia de estándares unificados impide que las empresas asuman y se comprometan con los criterios sobre los que se asienta la RSE. En este sentido, resulta de interés la aprobación de la Guía ISO 26000 sobre RSE. En efecto, el 3 de noviembre de 2010, la *International Standard Organization* (ISO) presentó públicamente en Ginebra la Guía ISO 26000 sobre responsabilidad social, una guía que pretende guiar tanto a compañías como al sector público en responsabi-

³⁸ *Vid., in totum*, CUESTA GONZÁLEZ, M. *et Alii*. «Promoción institucional de la responsabilidad social corporativa. Iniciativas internacionales y nacionales». *Boletín Económico ICE*, núm. 2.775, 2003, págs. 9-20. Sintetiza la situación FUENTES GANZO, E. «La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas». *Pecunia*, núm. 3, 2006, pág. 2: «desde tiempos recientes estamos asistiendo, también, a una toma de conciencia que postula encontrar parámetros que midan no solo el tradicional y estrecho concepto de eficiencia de la empresa en términos de maximización y productividad, sino también en términos de "eficiencia social" a través del Balance Social al tiempo que asistimos a una progresiva armonización y "presión regulatoria" de la RSE, apareciendo regulaciones, estándares y códigos dando paso a un debate sobre su obligatoriedad o voluntariedad, que tiene su hito inicial en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, seguido de directrices de la OCDE, el Libro Verde de la Unión Europea sobre el marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, amén de otros estándares normativos (la mayoría europeos)». También FERNÁNDEZ GAGO, R. *La administración de la responsabilidad social corporativa*, capítulo 2. Madrid: Thomson-Civitas, 2005, se da buena cuenta de los instrumentos normativos alrededor de la materia de RSE.

³⁹ TORTOSA, E. «Responsabilidad social de la empresa: un nuevo modelo de empresa». *Op. cit.*, pág. 111.

⁴⁰ Cfr., GARCÍA CALVENTE, Y. «El Derecho financiero y tributario ante la responsabilidad social de la empresa». *Op. cit.*, pág. 27.

⁴¹ Conforme a FUENTES GANZO, E. «La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas». *Op. cit.*, pág. 2, declara que «es lugar común entre la literatura científica admitir, en sede teórica, que la responsabilidad social corporativa tiene, en su aplicación por la empresa, un carácter voluntario, no se puede ignorar que está sufriendo una importante presión regulatoria, que habrá de ser objeto de tratamiento tanto por las escuelas de *economics and law* y el institucionalismo económico como por las de *management* clásico».

lidad social. Según la ISO, proporcionará orientación sobre los principios básicos de responsabilidad social y sobre la manera de integrar el comportamiento socialmente responsable en las estrategias, sistemas de prácticas y procesos de las empresas. La orientación de la guía está basada en las buenas prácticas ya existentes tanto en el sector público como privado, y desde la organización de estandarización se considera como coherente y complementaria a las declaraciones y convenciones de las Naciones Unidas y sus organismos. Sumada a esta labor de estandarización, uno de los mayores pasos a favor de la integración es el llevado a cabo por *Global Reporting Initiative* (GRI)⁴² y *The Prince's Accounting for Sustainability Project* (A4S) con la presentación de su iniciativa *International Integrated Reporting Committee* (IIRC), mediante las cuales se buscará el modo de integrar la denominada información ESG (ambiental, social y de gobierno corporativo) en los balances financieros anuales. El organismo internacional fundamenta su iniciativa en el hecho de que la información actualmente requerida conforme a normas contables y de cotización en Bolsa no refleja plenamente a los factores ambientales y que, además, cuando la información sí es divulgada apenas tiene relación con el desempeño financiero y la dirección estratégica.

A nivel doméstico⁴³, también hallamos instituciones encargadas del análisis y debate en torno a la RSE, baste mencionar el Real Decreto 221/2008⁴⁴, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el consejo estatal de responsabilidad social de las empresas, cuya finalidad⁴⁵ es incentivar y promocionar las políticas de RSE en España. En efecto, se han de tener en cuenta iniciativas nacionales como la llevada a cabo por el foro de expertos en responsabilidad social de la empresa, a tal propósito; el ejecutivo español en aras de estimular la RSE como parámetro de referencia y debate en el entorno empresarial europeo, ha creado el foro de expertos en responsabilidad social de la empresa

⁴² Cfr., GRI (*Global Reporting Initiative*), véase a <http://www.globalreporting.org/Home>

⁴³ Dice en FUENTES GANZO, E. «La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas». *Op. cit.*, pág. 15: «en los tiempos más recientes, como la jurisprudencia española está asumiendo criterios y principios de RSC en la resolución de conflictos públicos y privados, que, desde luego trascienden tanto relaciones contractuales como de propiedad privada (Sentencia 97/2002, de 22 de mayo de 2002)». Más en NIETO ANTOLÍN, M. «¿Por qué adoptan criterios de RSC las empresas españolas?». *Economistas*, enero 2005, págs. 253-259.

⁴⁴ Véase, el Real Decreto 1469/2008, de 5 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de responsabilidad social de las Empresas (BOE núm. 229, de 22 de septiembre de 2008).

⁴⁵ Prescribe su artículo 3. *Objetivos*.

Los objetivos del Consejo serán:

- a) Constituir un foro de debate sobre responsabilidad social de las empresas entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, Administraciones Públicas y otras organizaciones e instituciones de reconocida representatividad en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas que sirva como marco de referencia para el desarrollo de la responsabilidad social de las empresas en España.
- b) Fomentar las iniciativas sobre responsabilidad social de las empresas, proponiendo al Gobierno, en el marco de sus funciones asesoras y consultivas, medidas que vayan en ese sentido, prestando una atención especial a la singularidad de las pymes.
- c) Informar, en su caso, sobre las iniciativas y regulaciones públicas que afecten a las actuaciones de empresas, organizaciones e instituciones públicas y privadas, que constituyen un valor añadido al cumplimiento de sus obligaciones legales, contribuyendo a la vez al progreso social y económico en el marco de un desarrollo sostenible.
- d) Promocionar estándares y/o características de las memorias y/o informes de responsabilidad social de las empresas y de sostenibilidad, así como herramientas más adecuadas para su elaboración y seguimiento.
- e) Analizar el desarrollo de la responsabilidad social de las empresas en España, la Unión Europea y países terceros, e informar sobre actuaciones en materia de responsabilidad social de las empresas.

con el fin de desarrollar una dialéctica que contribuya a fijar una serie de políticas públicas, *v.gr.*: «regular y universalizar los aspectos cruciales que dan credibilidad y rigor a la responsabilidad social de la empresa: el reporte de las empresas a las partes interesadas y a la sociedad en general y la verificación de dicho reporte».

En esta secuencia y recorrido documental, hemos de estar con GARCÍA CALVENTE ⁴⁶ cuando señala que «es importante diferenciar la RSE de conceptos que están relacionados con ella por hacer alusión también a actuaciones empresariales vinculadas directa o indirectamente con fines no lucrativos, como la filantropía, la beneficencia y la caridad». Extremo este que será estudiado en la delimitación de las características identificadoras de la RSE.

Sea como fuere, los textos mencionados nos ofrecen luz en torno a lo que ha de concebirse como RSE ⁴⁷, aunque también se infiere que la noción de RSE comporta diferentes significados ⁴⁸, a modo de ejemplo, una de las acepciones se vincula a la responsabilidad que detentan los administradores/gestores de la sociedad por su actos y desempeños frente a los socios, la sociedad, los acreedores, terceros, etc. Esto es, responsabilidad como derivación más genérica de la institución de la responsabilidad por daños y menoscabos que se contemplan en nuestro Código Civil y, en particular, en la antigua Ley de Sociedades Anónimas (LSA), ahora reordenado en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (cfr., RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, en adelante TRLSC), tal y como analizaremos más adelante. Pero también se nos revelan otros significados cuando añadimos el calificativo social a la responsabilidad, ilustrada en garantizar el éxito de una empresa incorporando consideraciones sociales y medioambientales en las actividades de las empresas. En otros términos, satisfacer la demanda de los clientes y gestionar las diferentes expectativas de otros grupos de intereses tales como trabajadores, proveedores, la comunidad y su entorno. Es decir, manejar el impacto medioambiental de la empresa y, en definitiva, la confluencia y satisfacción de los diferentes elementos, siendo capaces de generar competitividad en la empresa frente a otras que no implementan o equilibran los intereses anteriormente aludidos. Se ha de tener presente, en todo momento, que la naturaleza legal de la responsabilidad inherente al Derecho de sociedades (de corte imperativo) y la derivada de la RSE (de tenor voluntario) encuentran su razón de ser en diferentes postulados que, sin embargo, con el devenir del tiempo, en algunos de los aspectos identificadores de ambas convergen ⁴⁹.

⁴⁶ Según GARCÍA CALVENTE, Y. «El Derecho financiero y tributario ante la responsabilidad social de la empresa». *Op. ult. cit.*, pág. 28.

⁴⁷ LOZANO, J.M. «De la gestión del riesgo a la empresa ciudadana: los estadios de evolución de la RSE», 20 de abril de 2009, en www.diarioreponsable.com/.../8647-de-la-gestion-del-riesgo-a-la-empresa-ciudadana-los-estadios-de-evolucion-de-la-rse?... (consultado el 12 de noviembre de 2010), expresa que «hablar de RSE resulta complejo. Las numerosas definiciones que se han dado de este concepto pone de manifiesto el debate, no solo académico, sino también político, que existe sobre la materia. No obstante, la mayoría de las definiciones de la RSE coinciden en señalar que se trata de un proceso de reflexión activa desde la empresa acerca de sus relaciones con su entorno y sus grupos de interés». A modo paradigmático, véase el Informe Anual 2009-Mapfre en la página web: <http://www.mapfre.com>, que señala «Para Mapfre, la responsabilidad social es un compromiso voluntario estratégico que implica procurar la consecución de sus objetivos empresariales cumpliendo rigurosamente sus obligaciones contractuales y legales, aplicando criterios de equidad en las relaciones con sus grupos de interés, y contribuyendo a la satisfacción de las necesidades presentes y futuras de la sociedad».

⁴⁸ Véase, GARRIDO BUJ, S. «La responsabilidad social de la empresa: una revisión conceptual desde la óptica empresarial y académica». *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 2002, págs. 229 a 244.

⁴⁹ En este sentido, se manifiesta QUIJANO GONZÁLEZ, J. «Gobierno corporativo. Administración de sociedades mercantiles y responsabilidad». En AA.VV. *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*. Elena F. PÉREZ CARRILLO

Junto a lo anteriormente descrito, también se infiere que la noción de RSE se desprende de los documentos armonizados y textos normativos⁵⁰ que, en sentido amplio, han intentado delimitarla de la mejor manera posible. De ahí que surja el interrogante de si no se hace necesaria una norma⁵¹ que atraiga todos los conceptos y manifestaciones posibles inherentes a la RSE que sirvan de referente en pos de alcanzar mayor seguridad jurídica y vinculación en sus efectos.

Cabe concluir este epígrafe, en cualquier caso, señalando que el entendimiento de la RSE y su concepto comportan una forma de entender el «rol» de la empresa⁵² en la sociedad donde se ubica; en otros términos explicativos, estamos ante una nueva filosofía en el modelo de empresa que se aborda desde su cultura, su estrategia, así como sus sistemas de gestión. En suma, estamos hablando de la implementación⁵³ de una nueva perspectiva o nuevo enfoque que viene dado por la RSE,

(coord.). Madrid: Marcial Pons, 2009, págs. 93 y 94, al apuntar que «las recomendaciones son materia disponible, de seguimiento voluntario por parte de las sociedades destinatarias, mientras que el régimen de responsabilidad está compuesto por un conjunto de normas imperativas o de Derecho necesario, de aplicación obligatoria, y no excluibles ni modificables por la voluntad societaria. Desde este punto de vista, la existencia de recomendaciones voluntariamente adoptadas puede afectar, en el ámbito de su autonomía y como expresión de ella, a la composición, organización y funcionamiento de las administraciones sociales, pero no a la estructura del régimen de responsabilidad que no se ve alterado por tales decisiones (...) Las recomendaciones son de seguimiento voluntario, pero si una sociedad, cotizada o no, decide adoptarlas incorporándolas a un instrumento formal vinculante, como son los indicados, las convierte en norma de obligado cumplimiento a todos los efectos. En la misma línea de razonamiento, el régimen legal de responsabilidad está lleno de referencias necesitadas de concreción en el caso (algo similar a lo que se consideran "conceptos jurídicos en blanco o indeterminados" en otros ámbitos), que requieren de una valoración ponderada de comportamientos, sea para atribuir responsabilidad, sea para exonerar de ella. A este respecto, la influencia de las recomendaciones convertidas en norma sobre la aplicación del régimen de responsabilidad (que es un plano distinto al de su estructura) puede resultar decisiva a la hora de valorar las circunstancias que conducen a emitir un juicio favorable o no a la existencia de responsabilidad, en tanto se entiendan suficientemente integrados los presupuestos que la hacen exigible».

⁵⁰ En este punto, surge el conflicto o diatriba entre regulación y desregulación de la materia de RSE, en particular, cfr., FUENTES GANZO, E. «La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas». *Op. cit.*, pág. 3, señala que «subyace (...) una cuestión nada pacífica: la vieja pugna entre desregulación-libertad de empresa (que inspiran nuestro sistema de capitalismo, ahora globalizado) y regulación (que informa los contenidos de Estado social y de bienestar, especialmente vigorosos en el espacio europeo), de esta dialéctica surgirán las soluciones futuras que, ya, los Estados y las organizaciones están comenzando a anticipar».

⁵¹ No resulta sorprendente, pues, cuando nos encontramos con noticias que requieren una normalización en torno a la RSE, baste observar la prensa donde aparecen noticias tales como «El PP pregunta al Gobierno si piensa presentar una ley de responsabilidad social corporativa», véase: <http://www.europapress.es/epsocial/rsc/noticia-pp-pregunta-gobierno-si-piensa-presentar-ley-responsabilidad-social-corporativa-20110213124204.html> (14 de febrero de 2011). Inclusive que existan comunidades autónomas como la de Extremadura que ha iniciado en su asamblea parlamentaria la elaboración de una Ley de RSE, al respecto, véase FERNÁNDEZ VARA, G. «Por qué una ley de responsabilidad social en Extremadura», artículo de opinión, publicado en el diario elpaís.com, sección negocios, 13 de febrero de 2011.

⁵² Prólogo de EMBID IRUJO, J.M. de la obra AA.VV. *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil. Op. ult. cit.*, pág. XVII, extrae como denominador común de la RSE lo que sigue: «más allá de diferencias conceptuales, en ambos casos cabe percibir sin dificultad un propósito común, consistente en superar el entendimiento de la empresa como un agente económico en el mercado solamente interesado en la consecución de los altos beneficios. Esa perspectiva reduccionista, debida a una conocida corriente de pensamiento económico, es la que se descarta o se pretende superar tanto en la actual responsabilidad social corporativa como en las orientaciones de corte pluralista o institucional, tan significativas en ciertos periodos del pasado siglo».

⁵³ Expresa GALIANO, J.P. «La integración de la RSC en la estrategia empresarial: ventajas, retos y dificultades». En AA.VV. *Gestión y comunicación de la RSE: claves para un desarrollo competitivo y sostenible*. Madrid: Grupo Editorial Cinca SA, 2006, págs. 57, «debe ser aplicada con perspectiva global (e integral), en profundidad y con convicción. Si es así, aunque haya fallos y el proceso sea lento (ambas cosas ocurrirán necesariamente), estaremos ante RSC, y no otra cosa que algunos llaman RSC».

ergo, para abarcar dicho concepto, el mismo ha de concebirse desde una perspectiva amplia y generosa⁵⁴. Tampoco pasa desapercibido el dato de que la adopción o asunción voluntaria⁵⁵ de las reglas que configuran la RSE implican una dimensión normativa a observar entre las empresas que suscriben dichos compromisos, surgiendo de este modo obligaciones que bien pueden concebirse *ex contractu*. Además, resulta evidente que no todas las empresas asumen la RSE del mismo modo, extremo que supone que unas avancen sobre otras y, como consecuencia, se hallen en diferentes estadios con distintos problemas. De hecho, la noción de RSE es de carácter amplio, dinámico y flexible al ámbito en el que se circunscribe. Signifíquese que las consideraciones que se realizan en torno a la RSE asociada a las empresas se asemejan, *mutatis mutandi*, tanto en su esencia como en sus diferentes manifestaciones, a la RSE aplicada a las organizaciones, entornos de grupos y asociaciones privadas o del tercer sector.

A la luz de lo comentado en las anteriores páginas, cabe inferir que la RSE plantea a su alrededor un sistema tuitivo fundamentado en dos ámbitos, uno jurídico y otro de carácter metajurídico o sociológico. Ambas dimensiones con fuertes repercusiones económicas al obligar a las empresas⁵⁶ en adecuación al incremento del «empujón» normativo a ir internalizando como costes (o inversión) sociales la RSE.

3. IDENTIFICADORES DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Se ha puesto de manifiesto la dificultad de llegar a un concepto unívoco sobre RSE, pero existen determinados postulados que son asumidos mayoritariamente por la doctrina y los operadores económicos, tal y como hemos puesto de relieve. Estas pautas vienen perfiladas también por una serie de identificadores o trazos que configuran la RSE y que, igualmente, se encuentran mayoritariamente aceptadas.

⁵⁴ Cfr., en este sentido, LOZANO, J.M. «De la responsabilidad social de la empresa (RSE) a la empresa responsable y sostenible (ERS)». *Op. ult. cit.*, pág. 48, «una noción de la RSE que lo abarque todo tiene que ser definida ampliamente, y resulta demasiado imprecisa para que pueda resultar útil en el debate académico o en la implementación empresarial. La alternativa podría ser un conjunto de enfoques distintos, que se ajustaran a los distintos tipos ideales de contextos en los que operan las empresas... lo que hay que destacar es que hablamos de algo transversal (afecta a todas las relaciones de la empresa), nuclear (afecta al negocio, a las operaciones comerciales y, consiguientemente, a la cadena de valor), y que atañe al modelo de organización y de gestión (debe estar integrado, y no ser un área de actividad)».

⁵⁵ VELERDAS PERALTA, A. «Aproximación jurídica a la responsabilidad social corporativa». *Op. ult. cit.*, apunta en la pág. 26: «no obstante la primacía actual del enfoque de la voluntariedad, parece que gradualmente se está produciendo una cierta juridificación en materia de RSC».

⁵⁶ BIGNÉ *et Alii*. «Percepción de la responsabilidad social corporativa: un análisis *Cross-Cultural*». *Universia Business Review*, núm. 5. Primer Trimestre. 2005, págs. 14-27. De acuerdo con FUENTES GANZO, E. «La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas». *Op. cit.*, págs. 18 y 19, según entienden «la forma en que habrán de afrontar las empresas esta nueva realidad será conciliando la eficiencia y la RSC (...) interacción de la empresa y del entorno (...) una nueva reformulación, más amplia, social y globalizadora del propio concepto de empresa».

En efecto, una vez establecido el concepto ⁵⁷, señalemos algunas de las características configuradoras de la RSE, tales como potenciar y presuponer un valor dentro de la empresa, en particular, (1) arrastrar *confianza y credibilidad hacia la sociedad*. Vinculados a estos calificativos se generan las diferentes funciones que se amparan y extienden a través de la RSE, toda vez que las mismas convergen en constituirse en elementos que suponen (2) un *valor añadido* y, por ende, (3) *la posibilidad de diferenciarse en el mercado*. En definitiva, estamos ante una nueva forma de concebir la empresa, y dicha forma siempre implica un riesgo por las incertidumbres y perspectivas que la misma comporta.

Otra de las características centrales que identifican a la RSE viene dada por ser (4) una *formulación de naturaleza voluntaria* ⁵⁸ en su adopción ⁵⁹, así como en su vinculación. Extremo que perjudica en su avance homogéneo y estandarizado al faltar el carácter coercitivo y vinculante de otras reglas y principios. De ahí que se demande, cabalmente, una mayor homogeneidad en los resultados e, incluso, una normativa acabada que sistematice y recoja dichas pautas con sentido y efectos vinculatorios.

«La RSE se interrelaciona con otros conceptos como la ética» ⁶⁰. Y esto sucede así, porque la ética presupone actuar conforme a una serie de preceptos o reglas establecidas, incluso, conforme a

⁵⁷ Cfr., SOMOZA LÓPEZ, A. y VALLVERDU CALAFELL, J. «Reflexionando acerca de la RSE (RSE)». *Op. cit.*, pág. 3, reseñan las siguientes: «características fundamentales (...) –compromisos voluntarios que se conviertan en acciones positivas de las organizaciones para con la sociedad y el medio ambiente. – con el objetivo de tener un comportamiento ético y recomendar (no necesariamente en forma económica) a la sociedad y al medio ambiente».

⁵⁸ Opina acertadamente sobre este punto el profesor EMBID IRUJO, J.M. «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa». *Papeles de Economía Española*, núm. 108, 2006, pág. 66: «puede considerarse opinión dominante, por no decir unánime, la que considera no vinculantes las prescripciones contenidas en los "códigos" sobre RSC... no nos encontramos ante normas jurídicas imperativas que, por su propia naturaleza, puedan imponerse a todos los ciudadanos del territorio al que vayan a extender su vigencia. Por tratarse de un conjunto de reglas derivadas del poder privado de autorregulación (...) solo vincularán a sus autores y a quienes decidan, libre y voluntariamente, asumirlas. (...) se vienen llamando *soft law*, de tan significativa incidencia en el Derecho internacional y también, a escala regional, en el Derecho de la Unión Europea. (...) Se pretende con ellas introducir pautas o *standars* de conducta en ámbitos problemáticos y difíciles, donde no resulta posible o no es conveniente una regulación estricta. Es evidente que no cabe imponer su cumplimiento, pero desconocer las reglas del *soft law* puede acarrear problemas para su autor en el mercado o en su ámbito de relaciones sociales. (...) Pero, por otra parte, la elaboración y difusión de los códigos sobre RSC, aunque no vinculantes, en principio, pueden estar dotadas de otra significación. En este sentido, no es desdeñable su contribución al siempre difícil proceso de interpretar las normas jurídicas, dando claridad y precisión a su no siempre nítido enunciado. Así ha sucedido, por ejemplo, con los códigos sobre buen gobierno, cuya naturaleza resulta idéntica a los textos que ahora nos ocupan (...) Parece hoy suficientemente claro que el cumplimiento voluntario de sus reglas contribuye a mejorar la reputación de las empresas que los asumen, favoreciendo, a su vez, el cumplimiento de los deberes legales que recaen sobre sus administradores, principales afectados por las reglas relativas al *corporate governance*. De hecho, en fechas recientes, algunos tribunales de diversos países europeos han utilizado las reglas contenidas en los códigos de buen gobierno para perfilar con mayor exactitud el estatuto jurídico de los administradores de importantes sociedades (...) una forma de integrar un régimen jurídico incompleto o insuficiente».

⁵⁹ Cfr., TORTOSA, E. «Responsabilidad social de la empresa: un nuevo modelo de empresa». *Op. cit.*, pág. 112, precisa que «la voluntariedad y el compromiso de ir más allá de la legislación vigente, hacen que la responsabilidad social aparezca como un elemento dinámico (...). Además, en momentos de incertidumbre como los actuales, adelantarse a las normas y apostar por la responsabilidad social de la empresa y por valores como transparencia, cooperación, etc., es una buena garantía de futuro». Dentro del ámbito de actuación de las compañías aseguradoras, en el documento de trabajo *La responsabilidad social corporativa en el sector asegurador. La RSC generadora de valor. Experiencias al alcance de todos*, mayo 2010, pág. 12, se describe la RSC como «algo voluntario y por tanto han de ser las organizaciones las que, en función de su estrategia empresarial y de su visión del negocio, decidan incorporar la RSC en su gestión».

⁶⁰ CASADO CAÑEQUE, F. *La RSE ante el espejo: carencias, complejos y expectativas de la empresa responsable en el siglo XXI*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2006, págs. 20 y ss.

una serie de principios éticos o morales. Esto implica (5) *actuar más allá del cumplimiento legal*⁶¹ y, como tal, tiene que estar *profundamente arraigada dentro del sistema de creencias de la organización y de los gestores que la administran y la dirigen*. En estos tiempos, se tiene en mente que hemos avanzado hacia un concepto de *ética rentable*, elemento que supone a medio y largo plazo la reducción de riesgos y el aumento de la sostenibilidad y el éxito final de las empresas⁶². Antes bien, *tampoco puede confundirse –como se hace en ocasiones– la responsabilidad social de la empresa con la filantropía*⁶³, tal y como adelantábamos.

Compartimos la opinión de que «el debate sobre la RSE no refleja solo una pluralidad de valores, sino también una pluralidad de intereses, porque lo que está en juego no es una definición, sino la construcción social del propósito de la empresa. Este propósito se establece en dos niveles: el propósito de la empresa en tanto que institución y el propósito de cada empresa en función de su actividad concreta y determinada»⁶⁴.

Finalmente, otra de las características ligadas a su funcionalidad viene dada porque la RSE viene a definirse como (6) una *herramienta estratégica*⁶⁵ de primer orden en cualquier empresa que se precie, especialmente, por transferir confianza⁶⁶ al entorno y al mercado.

⁶¹ *Vid.*, MULLERAT, R. «"Quo Vadis" responsabilidad social de la empresa». *Op. cit.*, enfatiza que «voluntarismo/imposición legal de los principios de la RSE debe resolverse por la compatibilidad y cooperatividad de ambos criterios de manera que, por un lado las normas jurídicas obliguen al cumplimiento de los mínimos esenciales, y, por otro, la empresa queda en libertad para el desarrollo de la RSE».

⁶² GARRIGUES WALKER, A. y TRULLENQUE, F. «Responsabilidad social corporativa: ¿papel mojado o necesidad estratégica?». *Op. ult. cit.*, pág. 24. LOZANO, J.M. «De la responsabilidad social de la empresa (RSE) a la empresa responsable y sostenible (ERS)». *Op. cit.*, pág. 42, se podría hablar incluso de «éxito mediático que tiene por ahora la RSE».

⁶³ Para MARTÉN, I. «Responsabilidad social empresarial: un debate de actualidad». *Economistas*, núm. 106, 2005, pág. 24, dice que «la RSE bien entendida va mucho más allá de la mera filantropía. La empresa se encuentra con una realidad indiscutible: accionistas, clientes, empleados y la propia sociedad que la rodea están cada día más interesados en la defensa del medio ambiente y en un desarrollo social y laboral respetuoso. La actividad de la empresa al respecto se transforma entonces en una labor permanente que se concibe como una inversión llegada a un programa de acción estructurado. La imbricación de la empresa en la sociedad pasa de una tarea esporádica a una de carácter *permanente*, y de ser una tarea meramente *institucional* a otra mucho más participativa con capacidad de satisfacer las inquietudes sociales de las personas que trabajan en el seno de la compañía y de lograr una reputación reconocida por el resto de la sociedad». En igual línea de pensamiento: VALLAEYS, F. «La responsabilidad social de las organizaciones». *Op. cit.*, pág. 5.

⁶⁴ Se comparte de este modo la argumentación de LOZANO, J.M. «De la responsabilidad social de la empresa (RSE) a la empresa responsable y sostenible (ERS)». *Op. cit.*, pág. 48.

⁶⁵ LOZANO, J.M. «De la responsabilidad social de la empresa (RSE) a la empresa responsable y sostenible (ERS)». *Op. cit.*, pág. 58, precisa que «debe ser un elemento central de la estrategia empresarial, en tanto que forma parte del ADN de la organización. Si se incorpora la RSE a una visión estratégica, se convierte en un factor de cambio interno (en la medida en que transforma los parámetros de la vinculación con la empresa) y externo (en la medida en que se convierte en un factor de diferenciación que genera reconocimiento). Precisamente porque forma parte de la visión estratégica, la RSE permite alinear los valores corporativos con los valores y las expectativas de la sociedad». En el sector del seguro, se tiene claro tal y como se ilustra en *La responsabilidad social corporativa en el sector asegurador. La RSC generadora de valor. Experiencias al alcance de todos*, mayo 2010, pág. 12, donde se señala que «la gestión socialmente responsable debe estar integrada en la estrategia y presente en todos los procesos de negocio de la compañía, siendo una fuente de innovación que mejora la gestión de los riesgos y permite la detección de nuevas oportunidades, aportando así un mayor desarrollo para el negocio, teniendo en cuenta a todos los grupos de interés con los que la empresa se relaciona».

⁶⁶ *Vid.*, TORTOSA, E. «Responsabilidad social de la empresa: un nuevo modelo de empresa». *Op. cit.*, págs. 109 y 114: «en el modelo tradicional, la empresa solo daba cuentas ante su propietario o su accionistas (...) surge ahora un nuevo modelo de empresa, que se denomina plural, cuya principal característica es que la empresa tiene responsabilidades frente a diferentes

4. FUNCIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Este punto se encuentra estrechamente vinculado con lo anteriormente expuesto, toda vez que para abordar de manera certera la RSE, ha de examinarse su concepto, características derivadas y funciones atribuidas. Dicho esto, cabe señalar que la empresa, por definición, es una organización creada con una finalidad económica, con ánimo de lucro, por ende, pretende producir beneficios para sus titulares. Este aserto no impide reconocer que también es una entidad que depende del entorno social y ambiental. Por tanto, la empresa implica un proyecto común, social y económico que ha de mantenerse, prueba de ello está en el papel clave que representa la relación con los «grupos de interés»⁶⁷, ya comentados.

Con tal propósito compartimos, pues, las opiniones acerca de que la empresa «es una institución socialmente responsable desde el momento que se crea; se trata de una obligación que contrae la persona jurídica, independientemente de la voluntad de quienes actúan alrededor de ella. Bajo este planteamiento la teoría de los interesados atribuye a los directivos deberes fiduciarios con los accionistas y con las personas y grupos de interés que contribuyen, de forma voluntaria o involuntaria, a la capacidad de la empresa para crear riqueza, y que por esa razón se convierten en potenciales beneficiarios o perjudicados»⁶⁸. Como ya se ha analizado, la RSE se configura, en principio, como una herramienta empresarial voluntaria –conforme a la legislación vigente–, siendo necesaria su adopción e integración en la gestión empresarial, conforme a un compromiso empresarial que implique a toda la organización donde no solo es relevante la rentabilidad económica sino también la social⁶⁹, tal y como venimos reiterando. En consecuencia, no se trata de una responsabilidad derivada del incumplimiento de leyes o contratos vinculantes; aunque, en todo caso, la empresa debe asegurar el cumplimiento de las normas jurídicas, cumplir los deberes y las obligaciones que se derivan de las leyes aplicables –al ámbito de su actividad empresarial– y asumir sus consecuencias y responsabi-

grupos (*stakeholders*) que tienen intereses legítimos (trabajadores, clientes, proveedores, capital y sociedad)». Por su parte, apunta NIETO, M. «Difusión de la responsabilidad social corporativa en la empresa española». *Economistas*, núm. 106, 2005, pág. 40, «las prácticas de RSC generan confianza y facilitan la cooperación entre la empresa y sus grupos de interés. Cuando la inversión en RSC se mantiene en el tiempo, la confianza se acumula creando un depósito de capital de carácter social».

⁶⁷ Siendo trasladable, *mutatis mutandi*, a la compañía aseguradora, cfr., *La responsabilidad social corporativa en el sector asegurador. La RSC generadora de valor. Experiencias al alcance de todos*, el documento expresa en su pág. 23, «la integración de la responsabilidad social en los procesos de las compañías, están relacionados con los valores, imagen y reputación de la entidad, con el diálogo y satisfacción con los grupos de interés, con la gestión de los riesgos y oportunidades y con la diferenciación de marca. La innovación y la competitividad así como la rentabilidad de la compañía son los beneficios que quedan menos asociados a la gestión RSC».

⁶⁸ Cfr., al respecto, SALAS, V. «¿Sustituye la responsabilidad social al buen gobierno de la empresa?». *Op. cit.*, págs. 6 y 7.

⁶⁹ Cfr., en este sentido, la opinión de SOMOZA LÓPEZ, A. y VALLVERDU CALAFELL, J. «Reflexionando acerca de la RSE (RSE)». *Op. cit.*, pág. 6, declaran y se cuestionan: «¿qué implicaciones tiene el hecho de calcular un dividendo social? La primera y más evidente es que la sociedad participa en los beneficios económicos, de igual forma que también sufre las pérdidas que se producen en esta, pero, por otra parte, y lo que puede llegar a ser más interesante, es que se desmonta la tan debatida cuestión acerca de la responsabilidad de los gestores para con los accionistas de maximizar su riqueza. Se parte aquí de un sacrificio voluntario por parte de los accionistas para con la sociedad y en la que estos deciden ceder parte de sus ganancias para fines sociales y medioambientales. Por consiguiente, no es el gestor el que decide libremente detraer parte de las ganancias, sino el propio propietario. Es más, podríamos añadir que incluso el propio accionista puede considerar en qué aspectos se debe recompensar a la sociedad».

dades jurídicas. De igual modo, hemos de agregar que el compromiso con la RSE ha de entenderse como una inversión y no como un coste a añadir ⁷⁰.

A la luz de lo expuesto, se puede inferir que cada tipo de empresa precisa el diseño y la incorporación de un modelo propio de gestión, conforme a cada cultura empresarial, con base en los principios y valores propios y en su relación con las demandas de la comunidad. De suerte tal que una empresa que pretenda ser competitiva ⁷¹ en el mercado, con apoyo de un modelo de RSE, debería cumplir –como mínimo– tres requisitos básicos:

- a) Cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente (requisitos legales).
- b) Marcar los principios y objetivos que deben informar su modelo de RSE para establecer las bases que garanticen su operatividad eficaz.
- d) Diseñar y configurar de forma apropiada un modelo propio de gestión empresarial. Con carácter previo, la empresa ha de configurar «su mapa de *stakeholders*» (definir quiénes son sus «grupos de interés» y cómo establecer una relación efectiva con los mismos, garantizando su participación activa).

Sumado a todo lo anterior, tampoco puede obviarse el dato funcional de que la RSE también implica construir una reputación corporativa ⁷² de excelencia para satisfacer otros intereses que no son

⁷⁰ PÉREZ CARRILLO, E. «Introducción. Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas». AA.VV. *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*. Elena F. PÉREZ CARRILLO (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2009, pág. 39, declara en torno a la RSE que «lejos de constituir gastos innecesarios, se trata de inversiones a favor del desarrollo y crecimiento sostenible».

⁷¹ Manifiestan SOMOZA LÓPEZ, A. y VALLVERDU CALAFELL, J. «Reflexionando acerca de la RSE (RSE)». *Op. cit.*, pág. 4: «la RSE es el resultado de considerar a la empresa plenamente y verdaderamente integrada en la sociedad en que se desenvuelve, en un contexto en el que aplicar, en sentido amplio, el principio de correlación de ingresos y gastos, es decir, en términos económicos generales... la práctica de la responsabilidad social es una estrategia negativa, desde el punto de vista económico en el corto plazo, pero si no se lleva a cabo, conducirá a unos costes en el futuro –como única estrategia posible– que pueden ser muy superiores a aquellos en los que debe incurrirse en este momento».

⁷² Según el parecer de EMBID IRUJO, J.M. «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa». *Op. cit.*, pág. 70, «la RSC contribuye o puede contribuir a la mejora de la reputación de la empresa, condensando un *goodwill* específico en sus signos distintivos (lo que se suele denominar "reputación corporativa") y generando un intangible sumamente valioso. Hablamos, por tanto, de un elemento que tiende a mejorar la competitividad de la empresa y que, a la vez, ayuda a perfilar posible conductas desleales en el mercado, precisamente por la realización de actos relacionados con las prestaciones derivadas de un programa concreto de RSC, implementado por una determinada empresa. Y no faltan, por último, los aspectos propios del derecho de la publicidad, en cuanto que las actividades de RSC serán objeto, normalmente, de la debida publicidad o, a través de actos publicitarios ilícitos, pueden llegar a lesionarse los intereses de algunos operadores económicos en el mercado». En igual línea de pensamiento, declara NIETO, M. «Difusión de la responsabilidad social corporativa en la empresa española». *Op. cit.*, pág. 41, «las prácticas de RSE constituyen un instrumento idóneo para crear y acumular activos intangibles como la reputación o la marca. La reputación es un intangible que transmite a los interesados una imagen positiva de seriedad, responsabilidad y compromiso con sus expectativas. Una empresa con reputación genera confianza en todos los grupos de interés, lo que facilita las relaciones con ellos». *Id.*, también el documento de trabajo, *La responsabilidad social corporativa en el sector asegurador. La RSC generadora de valor. Experiencias al alcance de todos*, págs. 13 y 14, a modo de ejemplo, destacar «mejorar el sentido de pertenencia del equipo a un proyecto común, promover los valores de la compañía tanto interna como externamente (...) favorecer la competitividad de las empresas...».

solo la rentabilidad económica, tal y como venimos argumentando. De forma que «las prácticas de RSC se orientan a mejorar las condiciones del entorno en el que operan las compañías, reducen riesgos y favorecen su reputación»⁷³. Entonces, la RSE también supone un prestigio para la empresa⁷⁴ y es un instrumento válido de información⁷⁵ y de transparencia de las diferentes actividades de la empresa⁷⁶. Así cabe observar la contribución de la RSE. Los anteriores postulados han de servir, a su vez, para construir una eficaz gerencia de riesgos –potenciando la gestión preventiva y participativa– y una sólida arquitectura del gobierno corporativo –necesariamente articulando sistemas de supervisión y control interno–, toda vez que un control óptimo de los valores enunciados comporta una eficiente gestión de los riesgos que puedan acaecer.

5. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO MERCANTIL

Uno de los inconvenientes que se predicán respecto al mayor o menor éxito de la RSE, así como su utilidad eficiente y racional, tiene su razón de ser en las dificultades que se derivan de la delimitación de su alcance conceptual –como anticipábamos–, es decir, resulta complejo dar una definición unívoca y válida de la RSE, cuando es un fenómeno con aristas y perspectivas múltiples. Pero la versión amplia e integral con la que ha de concebirse nos obliga a observarla desde ópticas a veces olvidadas. En efecto, si atendemos a nuestro interés, se ha de abordar la RSE desde la óptica del Derecho mercantil⁷⁷.

⁷³ Según PÉREZ CARRILLO, E. «Introducción. Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas». *Op. ult. cit.*, pág. 29.

⁷⁴ EMBID IRUJO, J.M. «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa». *Op. cit.*, pág. 65, estima que «la RSC y de su necesaria consideración por las empresas si quieren, al menos, mejorar su reputación y, de paso, su presencia en el mercado».

⁷⁵ Cfr., MONEVA, J.M. «Mecanismos de verificación de la información sobre responsabilidad social corporativa». *Op. cit.*, págs. 75 y 76, interpreta que «dos factores son fundamentales en la organización socialmente responsable: actuaciones basadas en el desarrollo social y medioambiental, y transparencia de estas frente a los grupos de interés o *stakeholders*. En este contexto, la información sobre responsabilidad social corporativa (RSC) adquiere un papel relevante, orientándose a proporcionar datos a terceros sobre el desempeño económico, social y medioambiental de la organización, producto de su interacción con los distintos grupos de interés (...) la relevancia creciente de dicha información ha acelerado la necesidad de proporcionar credibilidad a través de la verificación externa (...) como indica el Libro Verde, la transparencia es una pieza clave en la organización socialmente responsable».

⁷⁶ Resume a grandes trazos las funciones atribuidas a la RSE, CUERVO, A. «La maximización del valor para el accionista versus la responsabilidad social corporativa ¿compatibilidad?». *Economistas*, núm. 106, 2005, pág. 16, «la RSE convierte la relación bilateral entre accionistas y directivos (enfoque *shareholders*) en otra multilateral en la que participan todos los grupos de interés: accionistas, directivos, empleados, clientes, proveedores, administraciones públicas, inversores y comunidad local (enfoque *shareholders*). La cuestión es si la ampliación de los objetivos de la empresa para incluir el impacto ambiental y social de las actividades de la empresa puede afectar a la eficiencia económica y a la creación del valor para los accionistas. La RSE trata de incorporar comportamientos empresariales comprometidos con la ética (*business ethics*), la acción social o la filantropía (*corporate sustainability*), la transparencia y la rendición de cuentas (*corporate accountability*), reducción de las asimetrías de información en el mercado, de tal forma que se garantice el acceso a los datos que los inversores y consumidores requieran en cada momento».

⁷⁷ Cfr., *in extenso*, ESTEBAN, G., GONDRA, J.M.^a, MONEVA, J.M.^a y RIVERO, P. *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídicos y económicos*. Castellón: publicaciones de la Universitat Jaume I, 2005. EMBID IRUJO, J.M. «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa». *Op. cit.*, págs. 63 y ss. GARCÍA CALVENTE, Y. «El Derecho financiero y tributario ante la responsabilidad social de la empresa». AA.VV. *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*. FERNÁNDEZ AMOR y GALA DURÁN (coords.). Madrid: Marcial Pons, 2009, pág. 33. Por su lado, DEL REY GUANTER, S. «Responsabilidad social empresarial y orden social: algunas reflexiones sobre sus conexiones semánticas (o terminológicas) y sustanciales». *Op. cit.*, págs. 43 y 44.

No puede discutirse que la RSE presenta una identidad y proyección pluridimensional y, dentro del marco jurídico⁷⁸, incide sobre varias disciplinas del ordenamiento jurídico, amén que su desarrollo alcanza de manera especial a la gestión de la empresa y, con ello, al Derecho de la empresa en su perspectiva y vertiente mercantil⁷⁹.

Se reclama, pues, que la RSE sea examinada desde el prisma que nos ofrece el Derecho mercantil⁸⁰, de ahí que en las próximas páginas se aborden los engarces y los vínculos que ofrecen el Derecho de sociedades mercantiles y otras herramientas de actuación y reglamentarias que coadyuvan a entender la extensión y consecuencias de la RSE, sobre las cuales venimos insistiendo.

5.1. La responsabilidad social desde la óptica del Derecho de sociedades mercantiles

Bajo este apartado, se ha de tener presente el tenor del punto 3 del artículo 39 de la Ley de Economía Sostenible, que prescribe: «Las sociedades anónimas podrán hacer públicos con carácter anual sus políticas y resultados en materia de RSE a través de un informe específico basado en los objetivos, características, indicadores y estándares internacionales mencionados en los apartados anteriores. En todo caso, en dicho informe específico deberá constar si ha sido verificado o no por terceras partes.

En el caso de sociedades anónimas de más de 1.000 asalariados, este informe anual de RSE será objeto de comunicación al Consejo Estatal de RSE que permita efectuar un adecuado seguimiento sobre el grado de implantación de las políticas de RSE en las grandes empresas españolas.

⁷⁸ *Id.*, EMBID IRUJO, J.M. «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa». *Op. cit.*, págs. 63 y 64, puntualiza que la empresa asume la RSE, esta «lo hace por su propia y autónoma voluntad, como una manifestación concreta de su propósito de convertirse en empresa "socialmente responsable". Nada más lejos, en apariencia, del Derecho, ámbito en el que priman, en una visión convencional de las cosas, la heteronomía, la coerción y la imposición de sanciones para quien desconozca las reglas establecidas en las leyes. Siendo así que ninguna ley impone a las empresas, en principio, la realización de actividades propias de la RSC, cabría concluir que el Derecho nada o muy poco tiene que decir al respecto (...). En cambio, una figura relevante desde la perspectiva jurídica y, en particular, desde la vertiente propia del Derecho mercantil, como sector del ordenamiento jurídico que toma como referencia esencial de su ordenación la actividad de la empresa en el mercado».

⁷⁹ *Cfr.*, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. «RSE, Derecho del trabajo y crisis económica». AA.VV. *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*. FERNÁNDEZ AMOR y GALA DURÁN (coords.). Madrid: Marcial Pons, 2009, pág. 54, precisa de manera acertada: «la RSE tiene una clara vertiente jurídica, es un fenómeno que puede ser analizado desde el punto de vista del Derecho. Aunque se suele plantear que la RSE es una alternativa a la regulación jurídica, siendo su ámbito de aplicación aquel a donde no llega la norma estatal –la famosa "adicionalidad" o *beyond compliance* que se predica de esta–, lo cierto es que su relación con el mundo jurídico es clara. Primero porque el ámbito de lo jurídico, al menos en su perspectiva académica, no se centra en un tipo determinado de norma, la ley estatal, sino que alcanza a otras manifestaciones normativas; y la RSE se expresa a través de unos instrumentos que adoptan las formas y las técnicas de las normas. Segundo, porque muchas de las actuaciones derivadas de actitudes socialmente responsables tienen efectos con consecuencias jurídicas, que hay que considerar». Por su lado, SÁNCHEZ HUETE, M.A. «La acción social y la responsabilidad social. Posibilidades y límites de la intervención normativa financiera». *Op. cit.*, pág. 90, señala que «se propugna a la empresa como ciudadana, como un agente social con un papel que no se circunscribe al ámbito mercantil. Así, en la actualidad a la empresa no solo se le asigna una función económica, sino también una función ambiental y, más extensamente, social».

⁸⁰ Matiza FUENTES GANZO, E. «La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas». *Op. cit.*, pág. 10: «el secular principio que en especial en el ámbito de la empresa y del Derecho mercantil existía por responsabilidad civil (siempre causal) se derrumba ante el más alto interés general y social de proteger el medio ambiente».

Asimismo, cualquier empresa podrá solicitar voluntariamente ser reconocida como empresa socialmente responsable, de acuerdo con las condiciones que determine el Consejo Estatal de RSE».

Se infiere del mandato, de un lado, el carácter potestativo en la adopción de la RSE. De otro, si se observa la RSE, esta ha de ser trasladada a través de un informe o memorias de RSE, inclusive, pueden ser certificadas por terceras partes autorizadas. El consejo estatal de RSE tendrá, entre sus funciones, la adecuación y supervisión de las políticas de RSE.

Sumado a lo precedente, resulta más que relevante la Ley 26/2003⁸¹, de 17 de julio (BOE núm. 171, de 18 de julio), por la que se alteran la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de potenciar y reforzar la claridad y regularidad informativa en torno a las sociedades anónimas cotizadas⁸². Ley conocida como de «Transparencia» y, junto a ella, ya aparecen

⁸¹ Su precedente lo encontramos en la *Proposición de Ley, Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VII Legislatura, Serie A, 28 de marzo de 2003, núm. 137-1.121/000137. En efecto, la reforma normativa se traduce en términos de la Exposición de Motivos de la ley «en la modificación de ciertos preceptos del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, cuando los preceptos tengan aplicación general para todas las sociedades anónimas y, por otra, en la introducción de un nuevo título en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, dedicado a las sociedades cotizadas». La estructura de esta ley consta de un preámbulo o Exposición de Motivos, seguida de dos artículos. El primero viene a modificar la Ley del Mercado de Valores, añadiendo un Título X «De las sociedades cotizadas», que solo disciplina determinados aspectos sin incidir en el ámbito propio del Derecho de sociedades. Así, en el artículo segundo, se viene a modificar en diversos párrafos determinados preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas, que resultan vitales para la buena marcha de la sociedad anónima cotizada. Junto a estos mandatos se incorporan una serie de Disposiciones Adicionales, en total, en número de cinco, que modifican entre otros aspectos cuestiones como el hecho de que la Comunicación de los pactos parasociales ha de realizarse a los órganos oportunos (Fondos de Pensiones, Dirección General de Seguros y Banco de España respectivamente) cuando sean empresas cotizadas y además estas sean entidades gestoras de fondos de pensiones, aseguradoras y bancos. Igualmente, el hecho de que las cajas de ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores deberán hacer público con carácter anual un informe de gobierno corporativo. Además, la Ley afecta y modifica tanto a la Ley Rectora de Cajas de Ahorros Ley 31/1985 y la Ley sobre Impuesto de Sociedades, Ley 43/1995. A su vez, nos encontramos con tres Disposiciones Transitorias, dando un periodo de 12 meses de adaptación de las sociedades cotizadas actuales a las previsiones de esta ley en los aspectos organizativos y estatutarios, así como que el informe de gobierno corporativo, se elaborará por primera vez en relación al ejercicio económico del 2004. Y por último, una disposición final. Comenta sobre el particular SÁNCHEZ CALERO, F. «Observaciones preliminares al proyecto de ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el informe Aldama». *RdS*, núm. 20, 2003, pág. 29: «las normas sobre las sociedades cotizadas se insertan, por consiguiente, en un amplio conjunto de normas, dentro del régimen sustantivo del Derecho de sociedades, cuya coordinación no es una tarea fácil, sujeta, por otro lado, a una amplia reflexión, si bien es cierto que en estos preceptos se contenían algunos objetivos ambiciosos, en cuanto pretendían incidir en la cuestión central de esas sociedades: evitar en lo posible la deformación de su régimen, en especial en lo que a su estructura organizativa se refiere, tal como nos muestra la realidad social (puestas al descubierto por su sin fin de "recomendaciones", "códigos de buen gobierno", etc.) teniendo el propósito, por consiguiente, de incidir de modo especial en la reordenación de la función de los órganos sociales». GUERRA MARTÍN, G. *El gobierno de las sociedades estadounidenses*. *RdS*, monográfico, núm. 20, Aranzadi, 2003, págs. 606 y ss.

⁸² SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. «Proyecto de ley de transparencia de las sociedades cotizadas». *RDBB*, núm. 90, 2003, págs. 293 a 299, explica el por qué de la ley, así como los antecedentes más inmediatos, en pág. 294: «se piensa que la condición transparente de las sociedades –en particular aquellas cotizadas– contribuirá a mejorar su funcionamiento, a facilitar el ejercicio de sus derechos por los accionistas y a fomentar el cumplimiento de sus deberes por los administradores». BAILLO. «Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, 8 de enero de 2003». *RDBB*, núm. 89, enero-marzo 2003, págs. 430 y ss. Detalladamente expone GUERRA MARTÍN, G. *El gobierno de las sociedades estadounidenses*. *Op. cit.*, págs. 232 y 233: «En España, en este plano legislativo hay que destacar como principal texto la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero de 22 de noviembre 2002, que tiene como uno de sus objetivos, como se indica en la Exposición de Motivos, "la protección del inversor, impulsando normas de transparencia y reconociendo que la información es un bien de enorme valor" ... el 6 de noviembre de 2002 de la Propuesta

el Código Olivencia y el Informe Aldama, que han aumentado los deberes de los administradores, en especial actuando conforme al «interés común a todos los socios» a «cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad». Este planteamiento debe ser objeto de nuestra atención en orden a perfilar la funcionalidad de los administradores que han de actuar en beneficio de una pluralidad de grupos de intereses, además, ha de analizarse la posibilidad de confeccionar mecanismos de implicación de los diversos grupos de interés, y la delimitación de estos y su participación dentro del devenir de la empresa. En especial –y en esta misma línea argumentativa–, se ha de tener presente la redacción modificada del artículo 127⁸³ de la LSA⁸⁴, que será objeto de examen *infra*. Adviértase, además, que las precitadas reglas, que constituyen buena parte del sedimento del Derecho de sociedades de capital, han venido a modificarse recientemente a través del TRLSC⁸⁵. En verdad, cabe decir que tras el nuevo texto, que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2010, se ha provocado que tanto la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada como la LSA vengan a desaparecer y debamos estar a la denominación proporcionada por el Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la nueva Ley de Sociedades de Capital. Dicha reglamentación no es centro de nuestra atención, salvo en aspectos puntuales que afectan a la RSE y la posición de los administradores, funciones y responsabilidades (cfr., Título VI TRLSC relativo a la administración de la sociedad), pero hay que agregar y retener, en todo caso, que el precitado texto trata de armonizar y refundir la dualidad hasta ahora existente entre las normativas; o usando otros términos empleados por la propia regulación, se intenta «regularizar, aclarar y armonizar», tal y como declara su Exposición de Motivos.

El artículo 209 del TRLSC viene a prescribir la «Competencia del órgano de administración. Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley». En este sentido, no se varía –como no podía ser de otro modo– las funciones asignadas, que tenía con la LSA, puesto que gestión y representación son las dos claves de actua-

de Código de Sociedades Mercantiles elaborada, tras más de ocho años de trabajo, por la Comisión General de Codificación, con el objeto de iniciar, según se indica en el Prólogo, "un periodo de reflexión lo más amplio posible sobre su contenido, a fin de proceder, en consecuencia, a impulsar posteriormente la oportuna iniciativa legislativa", en cuyo Libro III se recoge una regulación específica de las sociedades cotizadas... por la Comisión Europea en septiembre de 2001 de un "Grupo de alto nivel de expertos en Derecho de sociedades" presidido por Jaap Winter, al que, con el objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de sociedades en Europa, se le encargó un doble cometido: por un lado, la presentación de un informe relativo a los principales asuntos que habían impedido la aprobación en julio de 2001 de la 13.ª Directiva sobre ofertas públicas de adquisición; y, por otro, la elaboración de una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador sobre Derecho de sociedades en Europa, que abordaran, entre otros asuntos, el gobierno de las sociedades cotizadas». También en este marco hemos de estar a la Directiva 2004/109/CE, de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, conocida bajo la denominación de *Directiva de Transparencia*.

⁸³ Para VARELA, A. y IGARTUA, F. «Principios, normas y estándares sobre responsabilidad social corporativa». *Economistas*, núm. 106, 2005, pág. 62, puntualizan que «el nuevo artículo 127, al establecer los llamados deberes de fidelidad, señala que el interés social se entiende como interés de la sociedad. Ello puede dar cabida a una interpretación por la cual se entiende que el interés social es ahora un interés no meramente contractual (el de los socios), sino institucional (es decir, también el de los trabajadores, consumidores, proveedores, y otras personas que junto con las accionistas tienen relación con la empresa). En nuestra opinión, ese salto a un concepto institucional no se ha producido todavía, pero esta mención debe hacer reflexionar a los administradores respecto a la necesidad de considerar el interés social de una manera más amplia».

⁸⁴ Cfr., Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 1989).

⁸⁵ Cfr., el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010).

ción. Ítem más, de una primera lectura del nuevo texto legal, lo que se hace es mejorar la configuración y sistematización de la administración al diseñar un estatuto acabado y perfilado de la administración (requisitos subjetivos, prohibiciones, nombramiento y aceptación, modos de retribución –entrando aquí en un aspecto difuso o de variadas interpretaciones–, duración, cese, entre otros); extremos que en muchos casos se encontraban dispersos en diferentes normas y, ahora, vienen a sistematizarse, cuestión que beneficia al intérprete y al aplicador de la norma.

La LSA determinaba que los administradores⁸⁶ (concepto que incluye a los consejeros de administración y, por lo tanto, a su presidente) debían proceder en el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal⁸⁷ y será el encargado de actuar la RSE⁸⁸. Este paradigma

⁸⁶ Cfr., IGLESIAS PRADA, J.L. *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*. Madrid: Tecnos, 1971, págs. 115 y ss. ESTEBAN VELASCO, G., en voz «Administradores de SA», en AA.VV. *Enciclopedia jurídica básica*, vol. I. Madrid: Civitas, 1995, pág. 344. GARRIDO DE PALMA, V.M. «El órgano de administración en la sociedad anónima». *AAMN*, T. XXX, vol. 2, 1991, págs. 419 y ss. En torno a una mejor delimitación del perfil jurídico de la figura del administrador puede verse MORILLAS JARILLO, M.^a J. *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*. Madrid: La Ley, 2002, págs. 133 y ss. y, en particular, a partir de las págs. 298 y ss. donde la autora da buena cuenta de las cualidades y requisitos que han de concurrir en la figura del administrador. TAPIA HERMIDA, A. «Tendencia expansiva de la noción de personal de alta dirección en el ámbito de la economía financiera (el magnagerialismo financiero)». *RDBB*, núm. 80, octubre-diciembre, 2000, págs. 300 y ss. En torno a las funciones a desarrollar por los administradores, véase: BERGÓS TEJERO, J.J. «Responsabilidad civil y mercantil de administradores y altos directivos», en *Responsabilidades y obligaciones de directivos y administradores*. Barcelona: Gestión 2000, 1996, pág. 10. TRÍAS SAGNIER, M. «El Consejo de administración como órgano garante del buen gobierno en la sociedad cotizada». *RdS*, núm. 21, 2003, págs. 165 y ss.

⁸⁷ Un estudio pormenorizado sobre este particular puede encontrarse en PÉREZ CARRILLO, E.F. «El deber de diligencia de los administradores de sociedades». *RdS*, núm. 14, 2000, págs. 275 a 323, en particular pág. 277, que dice «las obligaciones y responsabilidades de los administradores sociales constituyen elementos fundamentales en el régimen jurídico de ordenación de las sociedades mercantiles. Se sitúan en el plano estático o de conservación, y en el plano dinámico o de producción». SÁNCHEZ CALERO, F. *La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*. Madrid: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, 2001. Discurso leído el día 26 de marzo de 2001, en el acto de su recepción como académico de número, págs. 258 y ss. MARTÍNEZ MACHUCA, P. «Algunas cuestiones sobre la acción social de responsabilidad (arts. 133-134 LSA)». *Estudios Lanzas-Selva*, T. I. Madrid, 1998, págs. 533 a 559. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. «Sentencia de 28 de junio de 2000: responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima frente a los socios y terceros». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 55, 2001, págs. 175 y 176: «debemos entender que los dos deberes de carácter general que pesan sobre los administradores son diligencia y lealtad. El primero de ellos, el deber de diligencia, actúa como criterio para determinar el comportamiento exigible a los administradores atendiendo a las circunstancias de cada caso y, además, les obliga a respetar las prescripciones legales y reglamentarias impuestas para los empresarios en general y las específicas del sector en que opere la sociedad. Por su parte, el artículo 133 de la LSA establece que los administradores responderán "por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo". Tal diligencia es precisamente la que recoge el artículo 127.1 de la LSA, entendiendo que la diligencia propia de los administradores, como ordenado empresario y representante leal, requiere el cumplimiento de los deberes que les imponen la ley y los estatutos». A su vez, LLEBOT MAJÓ, J.O. «El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia». *RdS*, núm. 7, 1996, págs. 61 y ss. PEDRO MORO, J.L. y MARROQUÍN PARRA, F. «La diligencia y lealtad en la actuación de los administradores en la sociedad anónima». *La Ley*, T. IV, 1999, págs. 1.609 a 1.618. PORTELLANO DÍEZ. *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*. Madrid, 1996. SANTOS BRIZ, J. «La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores». *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, núm. 24. Madrid: Estudios de Derecho Judicial, 2000, págs. 329 y ss. FARRANDO MIGUEL, I. *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*. Madrid: Civitas, 2001, págs. 217 y ss. Para el Derecho comparado, en similares términos: PENNINGTON, R. *Directors' personal liability*. BSP Professional Books, 1987, pág. 81, donde trata «the personal character of the duty of care and skill». MERLE, Ph. *Sociétés commerciales*. 7.^a edic. París: Précis Dalloz, 2000. STS de 29 de diciembre de 1999 (RA.9619), refiriéndose al artículo 128 de la LSA: «La representación de la sociedad corresponde a los administradores en la forma determinada en los estatutos». En relación con la RSE, véase FERNÁNDEZ GAGO, R. *La administración de la responsabilidad social corporativa*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

⁸⁸ Cfr., JORDÁ GARCÍA, R. «Responsabilidad social corporativa y decisiones orgánicas en las sociedades mercantiles de capital. Especial referencia al interés social». En AA.VV. *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil* (dir.

viene a ser desarrollado ahora a lo largo del Capítulo III, artículo 225 y siguientes, y Capítulo IV, artículo 233 y siguientes, respectivamente, del TRLSC.

Por su lado, el Capítulo V es el encargado de establecer la responsabilidad de los administradores. Se parte de la base impuesta por el artículo 236: «Presupuestos de la responsabilidad. 1. Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. 2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general».

La LSA establecía dos tipos de acciones de responsabilidad⁸⁹ contra los administradores: acción social y acción individual⁹⁰. Estas mismas acciones se mantienen tras el TRLSC, artículos 238 y 241, respectivamente. La esencia contenida en estos dos preceptos aludidos es exactamente igual que la contenida en la antigua LSA. Sea como fuere, queda claro que la responsabilidad corresponde a sujetos prefijados y encargados de administrar, dirigir, gestionar, manejar y representar a la sociedad frente a terceros. La responsabilidad surge por la inobservancia de determinados menesteres y por el incumplimiento de las normativas respectivas. Los sujetos (accionistas) involucrados en la sociedad son los legitimados para solicitar responsabilidades al igual que la propia sociedad, todo ello en aras del buen desarrollo y eficacia de la sociedad en la economía donde se ubica. En este sentido, tiene elementos coincidentes y tangenciales con la RSE, que persigue la participación de los accionistas en el deambular de la sociedad y busca concienciarse con el entorno desde la óptica social.

A lo largo del tiempo –y en los diferentes sistemas jurídicos–, las posibilidades de organización de las relaciones entre los administradores y la sociedad⁹¹ han girado en torno a dos esquemas básicos⁹²:

R. ALFONSO SÁNCHEZ). Granada: Comares, 2011, págs. 131 y ss., especialmente, págs. 136 y 151, expresa que «la adopción de medidas de RSE no es una moda pasajera sino una estrategia empresarial que como tal ha de ser ejecutada por el órgano de administración».

⁸⁹ Para saber más sobre los antecedentes del control del órgano de administración y, en particular, la LSA de 17 de julio de 1951 y, sobre el Texto Refundido de la LSA de 22 de diciembre de 1989, en MORILLAS JARILLO, M.^ª J. *Las normas de conducta de los administradores*. *Op. cit.*, págs. 51 y 63 y ss. VICENT CHULIÁ, F. «La sociedad anónima en el Derecho comunitario europeo». En AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*. Madrid: Civitas, 1995, págs. 113 y ss.

⁹⁰ CANDELARIO MACÍAS, M.^ª I. *La tutela de la minoría en la sociedad cotizada en Bolsa. Examen de los derechos políticos-administrativos tras la Ley 26/2003*. Barcelona: Editorial Atelier Mercantil, 2007, págs. 351 y ss.

⁹¹ Véase a GIRÓN TENA. «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español». *Anuario de Derecho Civil*, vol. II, abril-junio, 1959, págs. 421 y ss. Explica ARROYO MARTÍNEZ, I. «Art. 133 de la LSA». En AA.VV. *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, vol. 2. Madrid: Tecnos, 2001, pág. 1.386: «el origen de la responsabilidad hay que buscarlo en el artículo 144 del Código de Comercio, que, según doctrina autorizada, fue tomado de dos preceptos franceses: el artículo 32 del *Code de Commerce* y el artículo 44 de la Ley francesa de sociedades de 1867. Posteriormente la LSA de 1951 y la LSRL de 1953 contenían un sistema de normas más completo de responsabilidad (arts. 79, 80 y 81 y art. 13.1, respectivamente)... es lo cierto que el Derecho positivo ha mantenido siempre y sin solución de continuidad el principio culposo de la responsabilidad de los administradores y se ha ocupado, por otro lado, de fijar los supuestos o causas de esa responsabilidad».

⁹² MORILLAS JARILLO, M.^ª J. *Las normas de conducta de los administradores*. *Op. cit.*, págs. 72 y ss. PÉREZ CARRILLO, E. *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*. Madrid: Marcial Pons, 1999, págs. 52 a 55. Ídem, «El deber de diligencia de los administradores de sociedades». *RdS*, núm. 14, 2000, págs. 276-277, afirma la posición mixta (orgánica y contractual) de la posición jurídica de los administradores sociales.

una relación contractual⁹³ (tesis de la representación) o una relación orgánica (tesis del órgano)⁹⁴. Podemos afirmar que, conforme a la teoría orgánica, quien actúa es la persona jurídica con sus propios órganos y la persona y el órgano vienen a conformar una unidad; en cambio, si seguimos la teoría de la representación contractual, la persona jurídica actúa por medio de representantes⁹⁵ y la persona y el representante son sujetos distintos. Estas formulaciones doctrinales también se hallan enlazadas con la configuración y naturaleza del interés social, que han de preservar los administradores.

Vinculado a lo precedente, también en el Derecho positivo existe una controversia doctrinal sobre la naturaleza de la responsabilidad civil de los administradores⁹⁶. En otros términos, por un lado, nos encontramos a aquellos que piensan que hay una responsabilidad objetiva porque ha desaparecido el parámetro de la diligencia como criterio general de imputación de responsabilidad, de suerte que se puede hablar de causas objetivas cuando los actos son contrarios a la ley o a los estatutos. En tales casos, el administrador responde sin necesidad que el demandante aporte la prueba del dolo o de la negligencia. Por otro lado, nos hallamos con aquellos que defienden la naturaleza culposa⁹⁷ de la responsabilidad de los administradores en todos los supuestos. Sea como fuere, cualquiera que sea la causa que produce el daño o menoscabo, siempre hay que probar la culpa o negligencia del administrador.

Apreciamos que en la acción social estamos ante una responsabilidad de cariz contractual⁹⁸ por incumplimiento de la obligación de administrar o ejercer diligentemente las competencias y facultades

⁹³ Según ARROYO MARTÍNEZ, I. «Art. 133 de la LSA». *Comentarios. Op. cit.*, págs. 1.393 y 1.394: «el fundamento de la responsabilidad del administrador hay que buscarla en la figura del mandato porque el administrador, como todo mandatario, debe responder por las obligaciones asumidas frente al mandante... por contra, hay quienes afirman que los administradores responden porque el principio jurídico, admitido universalmente del *neminem laedere*, nadie debe causar daño a otro y si lo hace debe responder, es fundamento suficiente para articular la obligación de resarcimiento».

⁹⁴ Cfr., ARANGUREN URRIZA, F.J. «Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción». *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, núm. 24. Madrid: Estudios de Derecho Judicial, 2000, págs. 19 y ss. Para el Derecho francés, SCHOLASTIQUE, E. *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droit français et anglais*. París: LGDJ, 1998, pág. 115, apunta que «la responsabilité du conseil peut bien être individuelle lorsqu'un des membres du conseil a commis directement une faute qui n'est imputable qu'à lui-même, tel administrateur qui commet une faute dans l'accomplissement d'un mission ou d'un mandat exceptionnel».

⁹⁵ ARROYO MARTÍNEZ, I. «Art. 133 de la LSA». *Op. cit.*, págs. 1.391 y 1.392, argumenta que «en el caso de administrador persona jurídica la imputabilidad de la conducta ilícita, y en su caso exoneración, debe realizarse a la persona física representante el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil exige que la persona jurídica nombrada administradora designe a una persona física que, en nombre de aquella y con carácter permanente, pueda desempeñar por sí sola todas las funciones inherentes al cargo conferido. *Vid.* la RDGRN de 3 de junio de 1999 (AC 4193), si bien las consecuencias patrimoniales se imputarán al patrimonio social de la persona jurídica administradora».

⁹⁶ Véase, sobre este particular, SAP de Zamora de 15 de marzo de 2002, relativa a la responsabilidad de los administradores, presupuestos y naturaleza (*RdS*, núm. 19. 2002-2, pág. 279).

⁹⁷ En tal línea de opinión, se expresa CADENA ESCUER, A. «Responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil. Acciones civiles, sociales e individuales». *Responsabilidades y obligaciones de directivos y administradores*. Barcelona: Gestión 2000, 1996, págs. 29 y ss., describe los presupuestos de la responsabilidad diciendo que «el daño ha de ocasionarse por culpa de los administradores... conforme al artículo 1.107 del Código Civil, el administrador responderá únicamente del daño que sea consecuencia necesaria de su actuación, salvo si media dolo, en cuyo caso se agrava la responsabilidad y responderá de los que conocidamente se deriven de aquella».

⁹⁸ Así se manifiesta, entre otras: STS de 29 de abril de 1999 (RA.8697); STS de 22 de mayo de 1999 (RA.3478); STS de 8 de julio de 1999 (RA.4900), donde se indica que la responsabilidad de los administradores es de tipo contractual directamente con el ente. También la STS de 28 de junio de 2000 (RA.5912) y el ATS de 31 de octubre de 2000 (RA.8319).

derivadas del órgano de administración (por inobservancia de los menesteres del cargo), diferenciándose así de otros supuestos de responsabilidad contractual por relaciones negociables con la sociedad, en cuyo caso el incumplimiento no tiene este carácter orgánico. En la circunstancia que fuese la sociedad quien solicitase la acción de responsabilidad, estaríamos ante una aplicación especial de la acción de incumplimiento ex artículo 1.101 del Código Civil. En el caso de ejecutarla los socios o los acreedores, estaríamos ante una modalidad de la acción subrogatoria. En esta línea explicativa, cabe apuntar que tras la aprobación y vigencia del TRLSC, se ha venido a reunificar este tema un tanto controvertido en su aplicación según la antigua LSA. Y esto sucede así porque se reconoce de forma explícita la legitimación activa de carácter supletorio, de un lado, a los socios minoritarios que reúnan y representen un 5 por 100 de las acciones (ex art. 239 TRLSC) y, por otro, a los acreedores (ex art. 240 TRLSC).

En cambio y, en otro orden, por lo que hace al ejercicio de la acción individual, estamos ante una responsabilidad de origen extracontractual. La acción individual de responsabilidad es un caso especial de la acción contemplada en el artículo 1.902 del Código Civil; ahora viene a reglamentarse en el artículo 241 del TRLSC. Sea como fuere, la institución de la responsabilidad civil⁹⁹ es usada, en ambos supuestos, por el Derecho de sociedades como un hito más de los que componen el sistema de censura de la gestión¹⁰⁰, con la intención común al resto de elementos de ese sistema (sistema de impugnación

⁹⁹ Institución ya estudiada por el profesor QUIJANO GONZÁLEZ, J. *La responsabilidad civil de los administradores de la SA*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1985, págs. 47 a 55. Explicaba, a su vez SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L. «Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima». *Anuario de Derecho civil*, vol. IV, octubre-diciembre, 1962, pág. 924: «su diversificación se opera, únicamente, en atención a la diversa incidencia del daño producido. Si este produce su impacto directamente en el patrimonio de la sociedad, la responsabilidad susceptible de derivarse para los administradores culpables se dice social. Si, por el contrario, el evento dañoso incide directamente en la esfera patrimonial propia y privativa de terceras personas extrañas a la subjetividad misma de la sociedad, la responsabilidad se considera como individual. La responsabilidad social y la responsabilidad individual a que pueden quedar sometidos los administradores engendrarán para los sujetos dañados la posibilidad de utilizar un remedio sustancialmente idéntico; el planteamiento judicial de la correspondiente acción de responsabilidad para exigir a los administradores culpables la reintegración del perjuicio patrimonial experimentado». Dice ALONSO UREBA, A. «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima». *RDM*, núm. 198, octubre-diciembre, 1990, pág. 661: «la responsabilidad social del artículo 133 de la LSA, así como la individual del artículo 135, se sitúan en el marco del Derecho civil o común patrimonial, concretamente en el derecho de daños, sirviendo como vía de reintegración al patrimonio social o individual perjudicado por los administradores». En parecida línea de exposición, DÍAZ ECHEGARAY. *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*. 2.ª edic. Madrid: Montecorvo, 1993, págs. 275-276. MORILLAS JARILLO, M.ª J. *Las normas de conducta de los administradores*. *Op. cit.*, pág. 224. GARRETA SUCH, J.M. *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*. 3.ª edic. Madrid: Marcial Pons, 1996. HURTADO COBLES. *La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social*. Barcelona: Ed. Atelier, 1998, págs. 70 y ss. También, CANDELARIO MACÍAS, I. «La responsabilidad de los administradores solicitada por la minoría en la sociedad bursátil». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 237, diciembre, 2002, págs. 185 a 234. GRIMALDOS GARCÍA, M.ª I. «Responsabilidad social corporativa y responsabilidad civil de los administradores». En AA.VV. *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil* (dir. R. ALFONSO SÁNCHEZ). Granada: Comares, 2011, págs. 161 y ss.

¹⁰⁰ Considérese y subrayese los cuestionamientos que realiza ARANGUREN URRIZA, F.J. «Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción». *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, núm. 24. Madrid: Estudios de Derecho Judicial, 2000, pág. 35: «es importante, a los efectos de la acción social de responsabilidad, determinar la medida en que la junta general puede intervenir en la gestión social, cuando para determinados actos de gestión se requieran instrucciones de la junta, autorización previa o aprobación posterior. Es igualmente importante determinar qué decisiones exceden de la gestión social y quedan fuera de los poderes del órgano de administración. Y, finalmente, en qué medida afecta a la responsabilidad de los administradores la existencia de un previo acuerdo de la junta general, tanto en orden a las obligaciones que le corresponden a informar a la asamblea, como de ejecutar tales acuerdos, y en concreto, en qué medida cabe a los administradores descargarse de responsabilidad ante decisiones arriesgadas mediante obtención de un previo acuerdo de la junta general».

de acuerdos del órgano administrativo y reconocimiento de otros derechos de minoría, por ejemplo). Con ello, se pretende estimular, en la medida de lo posible, que la actuación de la administración de la sociedad se desarrolle regularmente ¹⁰¹, es decir, de forma acorde al modelo de conducta del ordenado empresario y representante leal (antiguo ex art. 127 LSA, ahora la reglamentación se contienen y se despliegan en el Título VI, Capítulos III y IV TRLSC) para proteger, en suma, los intereses concretos de la sociedad, de los socios, de los acreedores o de los terceros en general.

Adviértase que el anterior artículo 127 de la LSA se ha convertido en pauta de referencia para implementar la RSC en cualquier sociedad mercantil ¹⁰². Signifíquese, además, que el deber genérico de administrar ¹⁰³ comporta dos caras de una misma moneda, la gestión y la representación social,

¹⁰¹ Cfr., entre otros: MORILLAS JARILLO, M.^a J. *Las normas de conducta de los administradores*. *Op. cit.*, págs. 352 y ss. LEÓN SANZ, J. «La significación de la información contable en las modificaciones estructurales». *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. 2. Madrid: McGraw-Hill, 2002, págs. 2.184 y ss. JUSTE MENCIA e IGARTUA ARREGUI. «Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)». *RdS*, núm. 24, 2005, págs. 75 a 90.

Véase, además, en torno a la actuación diligente del administrador la STS de 8 de febrero de 1999 (RA.1518); la RDGRN de 13 de octubre de 1992 (RA.8308); STS de 14 de octubre de 1992 (RA. 8309); STS de 15 de octubre de 1992 (RA.8313). Para el Derecho comparado: BADUINO, A. y FRASCINELLI. *Gli amministratori delle società per azioni e a responsabilità limitata*. Milano: Giuffrè, 1996, pág. 196, puntualizan ambos autores cómo la jurisprudencia italiana además de aplicar el parámetro de la diligencia del mandatario del artículo 1.170 del Código Civil, también recurre al artículo 1.176, que establece que, tratándose de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse con relación a la naturaleza de la actividad ejercitada. BERG, A. «The company law review: legislating Director's Duties». *Journal Business Law*. Septiembre 2000, págs. 472 a 491. BALOTTI, R. ELSON, CH. y LASTER, J. «Equity ownership and the duty of care: convergence, revolution, or evolution?». *Business Lawyer*, vol. 55, núm. 2, 2000, págs. 661 a 692.

¹⁰² Así lo pone de manifiesto, EMBID IRUJO, J.M. «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa». *Op. ult. cit.*, en pág. 69, «entendemos, de este modo, que con la vigente formulación del artículo 127 bis de la LSA resulta bien posible insertar en el interés social de la sociedad anónima la realización de actividades de RSC; sin embargo, en última instancia, no debemos olvidar que los administradores son elegidos por los accionistas, y que terminará recayendo sobre estos la decisión final en torno a los concretos objetivos que una sociedad, a través de la gestión llevada a cabo por sus administradores, ha de perseguir (...) el artículo 127 bis de la LSA es una norma aplicable a todas las sociedades anónimas, y no solo a las cotizadas».

¹⁰³ Entiende MORILLAS JARILLO, M.^a J. *Op. ult. cit.*, pág. 181, «facultades de gobierno (convocar la junta, presentar balance, depositar cuentas, proporcionar información a los socios, ejecutar los acuerdos de la junta); facultades de gestión económica empresarial (dirigir la marcha de las inversiones, aspectos financieros, relaciones y actividades comerciales); facultades jurídicas, consistentes en la representación de la sociedad». Por su lado, precisa MOYA JIMÉNEZ, A. *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*. 2.^a edic. Barcelona: Bosch, 1998, págs. 25 y ss., existe una imposibilidad de tipificar los deberes de los administradores. La STS de 26 de mayo de 1994 (RA.3747) afirma «el principio de que las facultades de los administradores [...] comprende desde el más sencillo acto de gestión hasta el más importante de disposición». Por su parte, la RDGRN de 31 de octubre de 1989 (RA. 7052) relata: «la función de la gestión social atribuida a los administradores es incompatible con las especiales características de un órgano colegiado como es la junta general. Este actúa de manera intermitente; sus miembros varían con la misma facilidad que las acciones (título de vocación circulatoria) se transmiten y, generalmente, se desinteresan de la actividad diaria; su régimen, convocatoria, etc., se caracteriza por una rigidez que mal se aviene con las exigencias puntuales de la administración de los asuntos sociales [...] sin que la ocasional reunión en pocas manos de todas las acciones permita eludir esta exigencia, toda vez que en cualquier momento puede desaparecer dicha circunstancia con el consiguiente entorpecimiento de la vida social». Señala la RDGRN de 22 de julio de 1991 (RA 5446): «la enunciación detallada en los Estatutos de los actos concretos que, al amparo de esa capacidad general, puede realizar la sociedad resulta en todo caso innecesario...». Por último, destaca y sintetiza COUTINHO DE ABREU, J. «Interés social y deber de lealtad de los socios». *RdS*, núm. 19, 2002, págs. 49 y 50: «*Treuepflicht* –terminología predominante en Alemania–; *deber de fidelidad* en los autores españoles; *obbligo di correttezza, fiduciario, di fedeltà, di collaborazione*, etc. como lo llaman los italianos».

y tales son las atribuciones de los administradores al amparo del artículo 8, letra f), de la antigua LSA. No estamos ante poderes de ejercicio «caprichoso», sino que son concedidos para la realización del interés social dentro de los límites que impone el objeto social. Repárese que el artículo 127 era el faro y el dedicado a declarar la diligencia y los deberes de los administradores (ahora, primero, tras la modificación de la redacción *ex origine* del artículo 127¹⁰⁴ y añadidos por la Ley 26/2003 son deberes¹⁰⁵

¹⁰⁴ Establecía el artículo 127, con su nueva redacción proporcionada por la Ley 26/2003: «Deber de diligente administración. 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. 2. Cada uno de los administradores deberán informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad». Se incorporan los artículos 127 bis, 127 ter y 127 quáter, con la siguiente redacción. Artículo 127 bis. Deberes de fidelidad, «Los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad». Artículo 127 ter. Deberes de lealtad, «1. Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas. 2. Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador. 3. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto directo o indirecto, que pudieran tener, con el interés de la sociedad. En caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera. En todo caso, las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores de la sociedad será objeto de información en el informe anual de gobierno corporativo. 4. Los administradores deberán comunicar la participación que tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social. Dicha información se incluirá en la memoria. 5. A efectos del presente artículo, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores: 1.º El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad. 2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador. 3.º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador. 4.º Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes: 1.º Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. 2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica. 3.º Las sociedades que forman parte del mismo grupo, tal y como este se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y sus socios. 4.º Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior». Artículo 127 quáter. Deber de secreto: «1. Los administradores, aún después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social. Se exceptúan del deber a que se refiere el párrafo anterior, los supuestos en que las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso, la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes. 2. Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de esta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquella».

¹⁰⁵ Compartimos, en este punto, la crítica de FERNÁNDEZ PÉREZ, N. «El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del Derecho societario español». *RdS*, núm. 22, 2004, pág. 102, al apuntar que: «nos encontramos con un régimen marcadamente imperativo respecto a cualquier tipo de sociedad anónima, que por lo tanto puede resultar excesivo en el caso de una pequeña sociedad anónima y que, por el contrario, puede resultar insuficiente respecto de una sociedad cotizada. Adolece además la nueva regulación de una laguna ciertamente significativa como es la omisión de la extensión de los deberes fiduciarios a los accionistas de dominio».

de diligente administración; deberes de fidelidad ¹⁰⁶, de lealtad ¹⁰⁷ y deber de secreto ¹⁰⁸, y segundo, dichos deberes se extienden con el nuevo TRLSC a través de diversos mandatos (no solo contenidos en un único precepto como sucedía con anterioridad y con una técnica legislativa no demasiado adecuada). En cualquier caso, al observar los deberes y descender a su detalle y concreción, vendrán a auxiliar y esclarecer la labor interpretadora de los tribunales y operadores jurídicos, que en este mandato encontraban un foco aclaratorio de referencia inexcusable y que ahora ha sido notablemente mejorado en su sistemática y técnica jurídica.

Luego el régimen de responsabilidad civil de los administradores cumple, además de las funciones ¹⁰⁹ paliativa y preventiva del daño y sancionadora de la conducta, una función de inspección de la gerencia. En suma, la finalidad de esta responsabilidad viene predispuesta, en palabras de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA ¹¹⁰, en «estimular a los administradores a cumplir las obligaciones establecidas al aceptar el cargo y someterles al deber de indemnizar los daños ocasionados en el ejercicio de sus funciones».

¹⁰⁶ Cfr., respecto a su interpretación, FLANNIGAN, R. «The fiduciary obligation». *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, Autumn 1989, págs. 289 y ss. Apunta, por su lado, GUERRA MARTÍN, G. *El gobierno de las sociedades estadounidenses*. Aranzadi-RdS, núm. 20, monográfico, 2003, pág. 415: «el concepto de relación fiduciaria es un concepto muy amplio, que engloba cualquier tipo de relación, ya sea de carácter legal, social o personal, en la que una persona (a la que se denomina fiduciante o beneficiario) confía en la integridad y fidelidad de otra (fiduciario), y cuya existencia no depende de la voluntad de las partes de crearla, sino de que concurren ciertos elementos fácticos, como son, por un lado, que se haya depositado confianza en alguien y, por otro, que exista una posición dominante y de influencia, fruto de esa confianza».

¹⁰⁷ Piensa y expone sobre este deber en correlación GUERRA MARTÍN, G. *El gobierno de las sociedades estadounidenses*. *Op. ult. cit.*, págs. 418 y ss., «la respuesta ha venido siendo dada en el Derecho estadounidense, y en general en el Derecho anglosajón, por los tribunales a través de la imposición al fiduciario de unos deberes de diligencia (*duty of care*) y de lealtad (*duty of loyalty*), denominados "deberes fiduciarios", cuyo contenido se ha configurado y ha evolucionado a través de las distintas decisiones judiciales y que tratan de evitar, en el caso del primero, que el fiduciario pueda cometer una malversación de los bienes o valores del beneficiario e incurrir así en un acto delictivo y, en el caso del segundo, que el fiduciario pueda faltar a su obligación de gestionar los bienes o valores en interés del beneficiario, incurriendo en una omisión de sus deberes». Coincidimos también con PAZ-ARES, C. «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo». *RdS*, núm. 20, 2003, págs. 73 y ss., espec., pág. 76., al decir: «recordar la necesidad de consagrar el carácter imperativo del régimen de responsabilidad derivado del deber de lealtad. Debe impedirse que la regulación legal pueda ser derogada o modificada en los estatutos de la sociedad o trivializada de cualquier otra forma». También en SCHULT-HEISS, M. *Die Haftung des «Shadow Director» einer englischer Kapitalgesellschaft*. Achen 2000, págs. 66 y ss.

¹⁰⁸ Más en McMURRAY, M. «An historical perspective on the duty of care, the duty of loyalty, and the business judgment rule». *Vanderbilt Law Review*, núm. 40, abril 1987, págs. 605 y ss. Opina SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. «Proyecto de Ley de Transparencia de las sociedades cotizadas». *RDBB*, núm. 90, 2003, pág. 298: «la ampliación de los deberes exigibles a los administradores. La influencia en este punto del Informe Aldama resulta especialmente notable y ha supuesto que la tradicional enunciación de la diligencia y lealtad como deberes genéricos de todo administrador societario se vea reemplazada por una enumeración más detallada de las normas de comportamiento exigibles a esos administradores. Se trata, en todo caso, de una reforma de esta materia de alcance general, puesto que los deberes enunciados en el nuevo artículo 127 y en los sucesivos artículos 127 bis, 127 ter y 127 quáter son aplicables a toda sociedad anónima».

¹⁰⁹ Puntualiza en relación con la finalidad, CALBACHO LOSADA, F. *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pág. 39: «la acción social de responsabilidad tiene por finalidad conseguir la reintegración del patrimonio social dañado como consecuencia de la actuación antijurídica o negligente de los administradores. Lo que se pretende con el ejercicio de la acción es la condena del administrador a indemnizar a la sociedad por el perjuicio económico causado».

¹¹⁰ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. «El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas». *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados*, núm. 5, 1997, pág. 13. RIVERA, S.E. «A vueltas con la limitación de responsabilidad de los administradores». *RGD*, núm. 642, marzo 1998, págs. 1.851 a 1.857.

Además, remárquese que para las sociedades bursátiles –sociedades que negocian sus acciones en Bolsa–, el sistema societario sobre el que se construyen los mercados de valores de hoy día se sustentan en un principio esencial: los administradores gestionan la sociedad en interés de los accionistas. Esta actuación fiduciaria en interés de terceros es, sin duda, uno de los basamentos que asientan y consolidan el régimen legal de patrocinio del accionista inversor¹¹¹. La regla según la cual los administradores deberán aprovechar y emplear toda su diligencia¹¹² en la defensa del interés de los accionistas es, mayoritariamente, asumida por nuestra doctrina, que acepta la aproximación entre el interés de estos y el interés social al que aludía nuestra LSA. Bajo este contexto, tampoco puede descuidarse el planteamiento de que son la administración o consejo de administración de cualquier empresa u organización, los ejecutores e impulsores del control y del cumplimiento de la RSE. No resulta extraño –siguiendo dentro del ámbito del Derecho de sociedades y dentro de este orden de ideas– que esta acción de responsabilidad descrita con carácter genérico sea usada por la minoría, tal y como predica CALBACHO LOSADA¹¹³: «Conceder la acción social de responsabilidad a los accionistas representantes de la minoría del capital viene así a suponer... consecuencia directa del ejercicio del derecho de designación proporcional de administradores del artículo 137 de la LSA»; ahora contenido en el artículo 243 del TRLSC.

Aunque en honor a la verdad, hemos de decir que la práctica societaria española –solo extraordinariamente– ha hecho empleo o uso de las acciones legales para requerir responsabilidad a los administradores¹¹⁴. La explicación del fenómeno hay que encontrarla tal vez en la estructura de las sociedades mercantiles españolas donde, de un lado, la propiedad posicionada en la junta y en los propios socios y accionistas y, de otro, la gestión o la dirección ubicada en el órgano de administración vienen siendo generalmente coincidentes.

La principal normativa donde se contiene la responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima –como hechura modelo de las sociedades mercantiles– se encuadra en los artículos 133 a 135 de la LSA¹¹⁵, que constriñen a los administradores a la obligación de indemnizar por el daño cau-

¹¹¹ *Vid.*, TAPIA HERMIDA, A. «La responsabilidad (administrativa y civil) de los administradores y directores generales de las sociedades y agencias de valores». *RDBB*, núm. 77, 2000, págs. 100 a 105.

¹¹² *Cfr.*, TRIÁS SAGNIER. «El sistema de protección del accionista». *Op. cit.*, págs. 220 y 221. Por su lado, apunta COUTINHO DE ABREU, J. «Interés social». *Op. cit.*, pág. 40, para el Derecho portugués «los gerentes, administradores o directores de una sociedad deben actuar con la diligencia de un gestor juicioso y ordenado, en el interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los socios y de los trabajadores (art. 64 CSC)».

¹¹³ CALBACHO LOSADA, F. *El ejercicio de las acciones de responsabilidad*. *Op. ult. cit.*, págs. 235 y 236.

¹¹⁴ Así opina: ARROYO MARTÍNEZ, I. «Art. 133 de la LSA». *Op. cit.*, pág. 1.386. Por su parte, entiende la no aplicación o recurso a la acción de responsabilidad: HUERTA VIESCA, M.I. «Acción social de responsabilidad de los administradores por los socios y desistimiento (comentario a la STS, 1.ª, de 30 de noviembre de 2000)». *RDM*, núm. 243, 2002, pág. 295: «la escasamente aplicada acción social de responsabilidad de los administradores (art. 134 LSA): escasa aplicación que se ha hecho más palpable a la vista del formidable juego que vienen dando no solo la acción individual de responsabilidad (art. 135 LSA), sino también, sobre todo, la revolucionaria acción de responsabilidad por no disolución (art. 262.5 LSA), y que viene justificada porque generalmente los intereses de los socios mayoritarios y de los administradores, que los primeros han nombrado, coinciden, así como porque se restituye el patrimonio social, por tanto solo indirectamente el patrimonio individual de cada socio».

¹¹⁵ Anotan sobre estos preceptos FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. «El régimen de responsabilidad». *Op. cit.*, pág. 13: «Los artículos 133 a 135 de la vigente LSA. A ello es de aplicación no solo el riguroso sistema de responsabilidad civil previsto en estas normas sino un amplio arsenal de medidas sancionatorias de carácter administrativo, que solo parcialmente están reguladas en la LSA de 1989 (arts. 89, 221...)). También puntualiza MONGE GIL, A.L. «La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales». *RDM*, núm. 228, 1998, págs. 715 y ss.:

sado en el ejercicio de sus desempeños tanto a la sociedad, como a los socios y a terceros. Utilizando estos mismos parámetros conceptuales y de identidad, ahora se recogen en los artículos 236 a 241 del TRLSC.

Para declarar la responsabilidad civil por daños de los administradores surgida de los artículos 133, 134 y 135 de la LSA, era, y es preciso ahora, la convergencia de tres requisitos¹¹⁶: conducta antijurídica, producción o realización del daño y vinculación de causalidad entre la conducta y el daño. De ahí que fuera conveniente que existiese una relación de causalidad¹¹⁷ entre la ausencia de diligencia de los administradores y el resultado de los hechos infractores. Este mismo planteamiento viene a emplearse por la reciente regulación de la materia, toda vez que el proceso subyacente en la actuación que provoca la responsabilidad no se ha visto alterado.

En efecto –como anotábamos–, el artículo 133 de la LSA decretaba la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, accionistas y acreedores sociales¹¹⁸ en las siguientes situaciones: actos contrarios a la ley¹¹⁹, actos contrarios a los estatutos sociales, actos realizados sin la diligencia con la que debía actuar el cargo¹²⁰; extremos que siguen manteniéndose tras el nuevo TRLSC. Bajo esta

«El Código Penal de noviembre de 1995 regula en el Libro II, Capítulo XIII, Título XIII (arts. 290 al 297) los delitos societarios, los cuales giran, en esencia, por lo que se refiere al elemento subjetivo, en torno a la figura de los administradores». ITURMEDI, G. «La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima». *Revista Española de Seguros*, núm. 64, octubre-diciembre, 1990, págs. 75 y ss.

¹¹⁶ Según MORA MATEO. «Responsabilidad civil del administrador de la sociedad anónima». *RGD*, núm. 591, 1993, págs. 11.489 y ss. NEILA NEILA. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. Madrid, 1995. ARROYO MARTÍNEZ, I. «Art. 133 de la LSA». *Op. cit.*, págs. 1.402 y 1.404. Al respecto: STS de 29 de abril de 1999 (RA.8697); STS de 27 de noviembre 1999 (RA.8437): «Aunque pudiera apreciarse una conducta culpable o negligente de los administradores falta la base objetiva que permita establecer el nexo entre una actuación de aquellos y la materialización de unos concretos daños».

¹¹⁷ PÉREZ CEPEDA, A.I. *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*. Barcelona: Cedes, 1997, págs. 50 y ss. MORILLAS JARILLO, M.^a J. *Las normas de conducta de los administradores*. *Op. cit.*, págs. 265 y 269. Cfr., a su vez: el hecho de que la acción u omisión de los administradores y el daño han de estar causalmente relacionados, tal y como manifiestan, entre otros, los siguientes pronunciamientos: STS de 3 de abril de 1990 (RA.2690); STS de 13 de febrero de 1990 (RA.681); STS de 4 de noviembre de 1991 (RA.8143); STS de 8 de febrero de 1999 (RA.1518); STS de 2 de marzo de 2000 (RA.1304) y la STS de 28 de junio de 2000 (RA.5912), que estima necesaria la relación de causalidad. En cambio, nos encontramos con otros pronunciamientos que vienen a determinar los criterios de imputación de responsabilidad, caracterizándola como objetiva, así STS de 29 de abril de 1999 (RA.8697), que puntualiza «en la actualidad, prácticamente, dentro de la praxis judicial, se está casi en el umbral de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo, porque, en cuanto se produzca el daño y se acredite el nexo causal, la responsabilidad del administrador o el consejero, será inevitable». En la misma línea de argumentación nos encontramos, entre otros, la STS de 29 de diciembre de 2000 (RA. 354, 2001) y la STS de 30 de enero de 2001 (RA.1683).

¹¹⁸ En el contexto de la responsabilidad de los administradores por situaciones concursales, puede verse, entre otros: CERDÁ ALBERO, F. *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. RUIZ MUÑOZ, M. «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 (art. 105 LSRL): análisis contractual representativo». *Op. ult. cit.*, págs. 469-568.

¹¹⁹ Señala: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. «El régimen de responsabilidad». *Op. cit.*, pág. 19: «el art. 133.1 LSA a la ley, entendemos con una autorizada doctrina que debe abarcarse toda norma jurídica escrita, cualquiera que sea su rango, siempre que de manera específica o genérica imponga obligaciones a los administradores en su condición de miembros del órgano administrativo».

¹²⁰ Según TRÍAS SAGNIER. «El sistema de protección del accionista». *Op. cit.*, pág. 205: «el mercado presume una actuación leal y diligente por parte de los administradores. En caso de detectar que se apartan de esta regla, entramos en el terreno de la excepcionalidad patológica y debemos acudir a los sistemas de protección que al respecto ofrece el TRLSA».

tesitura, hay que hacer notar –por su singularidad– que ya con arreglo a la Ley 26/2003¹²¹, el legislador había pensado que una ilustración efectiva de la transparencia que había de guiar a la sociedad cotizada era, cabalmente, el hecho de perfilar los diversos deberes de los administradores y, con ello, potenciar los controles societarios, en concreto, tras la nueva redacción que se le otorgó al artículo 133¹²², dedicado a la responsabilidad de los administradores.

Al hilo de lo hasta aquí descrito, puede afirmarse que la normativa reguladora de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles bien puede servir para actuar la RSE, si esta viene a ser acogida como compromiso vinculante en la sociedad en cuestión. Téngase presente que la

¹²¹ Nótese que en la Proposición de Ley núm. 137-1, de 28 de marzo, se daba una nueva redacción al artículo 133, donde se introducía una referencia explícita a la acción de responsabilidad en relación con el grupo de sociedad, extremo que ha desaparecido de la redacción definitiva, y que, en nuestra opinión, era necesaria por su reconocimiento expreso *ex lege*; recordemos cuál era la redacción que proporcionaba esta Proposición respecto a este mandato: Artículo 133. Responsabilidad. 1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes con los que deben desempeñar el cargo. 2. El que ostente de hecho o de derecho cargos de dirección o actúe como administrador de hecho, o en nombre o representación de la sociedad, responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a esta la condición de administrador. 3. Igualmente responderán los administradores de la sociedad dominante frente a la sociedad dominada, frente a sus accionistas y frente a sus acreedores, del daño que causen por las instrucciones impartidas a los administradores de la sociedad dominada cuando en virtud de las mismas estos realicen actos contrarios a la ley o a los estatutos. 4. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel. 5. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general. Comenta sobre este precepto, *in extenso*: SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. «Proyecto de Ley de Transparencia». *Op. cit.*, pág. 299: «En el art. 133 LSA, se consideran como actos generadores de responsabilidad todos aquellos en donde se produce el incumplimiento de alguno de los deberes legalmente exigidos para el desempeño del cargo. Ya no está limitada la responsabilidad a los actos realizados sin la debida diligencia. El criterio subjetivo de responsabilidad ha cambiado radicalmente pues frente a la solución en vigor que determina que solo pueda considerarse responsable a quien es formalmente administrador de la sociedad, el nuevo artículo 133 de la LSA se adentra en la distinción consolidada en nuestro Código Penal, entre administradores de hecho o de derecho o en la circunstancia de ostentar cargos de dirección o representación. A todos ellos se les atribuye un común régimen de responsabilidad frente a accionistas y acreedores. Probablemente la reforma persigue una solución más justa a la hora de permitir el ejercicio de la acción de responsabilidad a personas que sin ser formalmente administradores, son de hecho los auténticos gestores y representantes de la sociedad». Opina y resalta también FERNÁNDEZ PÉREZ, N. «El significado de la Ley de Transparencia...». *Op. cit.*, pág. 104: «Junto a los deberes de los administradores, se aprovecha la reforma para dar nueva redacción del artículo 133 relativo a la responsabilidad de los administradores. En contra de lo que cabía esperar, no se tenga en cuenta el modelo de administración existente en la práctica societaria y que no cuenta con un marco normativo propio, apoyándose únicamente en las recomendaciones de los informes y códigos sobre gobierno corporativo, que parten de la existencia de consejeros ejecutivos y no ejecutivos, así como de una serie de comisiones».

¹²² Se proporciona una diferente redacción mediante la Ley 26/2003 al artículo 133, a saber: «1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. 2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a esta la condición de administrador. 3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel. 4. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general».

RSE bien puede articularse dentro del abanico de los deberes que corresponde a la actuación de los administradores encargados de la gestión de la sociedad. Justamente, una gestión responsable con el entorno social bien puede involucrarse dentro del estatuto que guía la administración social.

5.2. El interés social como aglutinador de la responsabilidad social empresarial en las sociedades mercantiles

Se comparte la idea de que en toda sociedad mercantil subyace un delicado equilibrio de intereses¹²³, y la RSE y su extensión no dejan de ser sino un modo de actuar y hacer (compromiso/cultura), que ha de incorporarse dentro de la concepción del interés social de la sociedad. Es verdad que no se esconde que el interés social y sus repercusiones pueden diferir de un tipo social respecto a otro, pero abordamos la aproximación a la sociedad por excelencia, la sociedad anónima. Como bien explica ALCALÁ DÍAZ¹²⁴: «en determinados *subtipos* de sociedad anónima aparecen connotaciones publicistas en función de los intereses afectados por el funcionamiento de la misma, que se manifiestan especialmente en la gran sociedad anónima y, especialmente, en la sociedad anónima cotizada en el mercado bursátil. La posible afectación de intereses públicos en los subtipos señalados de sociedad anónima puede alterar de alguna forma el concepto tradicional del interés social como interés común de los socios». No cabe duda, el interés social¹²⁵ se suele emplear habitualmente como «muleta» con intenciones de supervisión a la administración o de controlar sus acciones frente a deliberaciones notoriamente perjudiciales o contrarias a los intereses sociales (*v.gr.*, impugnación de acuerdos lesivos, oposición a la acción de responsabilidad o de ejercicio de la acción social ante la pasividad de la mayoría, *ex* antiguo art. 134

¹²³ Cfr., ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Interés social y Derecho de suscripción preferente*. *Op. cit.*, pág. 18, que explica con mérito la cláusula del interés social: «ha de concebirse, en efecto, como una regla para completar el contrato de sociedad de acuerdo con lo que los socios habrían pactado para resolver conflictos entre mayoría y minoría si los hubieran previsto en el momento de celebrar el contrato. En un sentido más concreto, ordena al juez que someta a escrutinio las decisiones sociales adoptadas mayoritariamente e impida la expropiación de la minoría por la mayoría». Sigue precisando en las págs. 38 y 39: «la imposición a la mayoría de un deber de actuar de conformidad con el interés social no es sino una forma de referirnos a lo que todos los socios habrían establecido *ex ante* si hubieran previsto los concretos conflictos de intereses entre mayoría y minoría. Este planteamiento permite establecer el contenido y los límites a los deberes fiduciarios de la mayoría frente a la minoría. En particular, deducir que estos no se agotan ni exigen, en todo caso, sostener la supremacía del interés social sobre el interés particular de los socios «aunque los deberes fiduciarios de la mayoría resultan, generalmente, satisfechos mediante la persecución del interés social en la toma de decisiones sociales, la mayoría no tiene por qué sacrificar *en todo caso* sus intereses extrasocietarios para que podamos afirmar que ha cumplido con sus deberes fiduciarios hacia la minoría».

¹²⁴ *Id.*, ALCALÁ DÍAZ, M.A. «El conflicto de interés socio-sociedad en las sociedades de capital». *RdS*, núm. 9, 1997, pág. 123.

¹²⁵ Advierte RUBIO VICENTE, P.J. «Una aproximación». *Op. ult. cit.*, págs. 89 y 90: «el abuso de minoría se produce allí donde el comportamiento de los minoritarios es contrario al interés social y está inspirado correlativamente por la consecución de un interés particular». Sigue explicando el autor: «la voluntad de la mayoría es el reflejo del interés social por respeto al principio mayoritario, no hay que olvidar la posibilidad de adoptar también conforme a este mismo principio societario un acuerdo contrario al interés social, desvirtuando así esta coincidencia y evidenciando con ello la autonomía de este concepto respecto al interés específico de un grupo accionarial o de un socio. Por idéntica razón la minoría tampoco posee a nuestro entender el patrimonio exclusivo del interés social». ROMERO FERNÁNDEZ, J.A. *El derecho de información del accionista: objeto, límites y forma de ejercicio*. Madrid: Marcial Pons, 2001, págs. 130 y 131. ARROYO, I. «Interés social c/Interés de la mayoría». En AA.VV. *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado* (dir. VÍTOLO, D.R. y EMBID IRUJO, J.M). Granada: Comares, 2003, págs. 699 a 712. GRIMALDOS GARCÍA, M.^a I. «Responsabilidad social corporativa y responsabilidad civil de los administradores». En AA.VV. *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil* (dir. R. ALFONSO SÁNCHEZ). Granada: Comares, 2011, págs. 155 y ss., en especial, pág. 157.

LSA). En otras palabras, el interés social ¹²⁶ se convierte en la cláusula referente y la vigilante en orden a integrar la actuación y la puesta en marcha de una estructura idónea para llevar a cabo la revisión, con distintos efectos y con diverso alcance y extensión (responsabilidad, control de cuentas), de las actuaciones u omisiones de los administradores o del grupo de dominio –que ejerce el control–, aunque dicha supervisión tiene su máxima y última garantía en la intervención judicial, si procede.

Con el anterior planteamiento, queremos manifestar que cualquier alcance y concepción acerca de la RSE en la empresa (sociedad) ha de mirar la perspectiva que proporciona el respeto al interés social. Aunque, como bien señala el profesor DUQUE ¹²⁷: «la definición del interés social es el problema fundamental de la doctrina de la sociedad por acciones...».

En efecto, no podemos pasar por alto la relevancia del interés social que ha de integrar la RSE como parámetro de actuación ¹²⁸. Resulta comprensible que a una sociedad mercantil le es más fácil llevar a cabo actuaciones propias de la RSE dentro del abanico institucional, que se deriva del interés social.

Adviértase que en la realidad cotidiana de las sociedades, suelen aparecer y converger intereses sociales diversos y hasta contrapuestos, reflejados en el momento de las deliberaciones en la junta. Se suscita aquí la duda de a quién se le otorga la facultad de determinar el interés social primordial o ajustado al fin social. Cabe pensar que sería la mayoría en votos en orden a que establezca cuál es el bien reponderante o las herramientas más idóneas para conseguir el fin social. Es palpable que vista así la situación podríamos confundir interés de la mayoría con interés social. Tal correlación o equivalencia implicaría tanto como afirmar que todos los acuerdos adoptados por la mayoría de los socios se ade-

¹²⁶ Para EMBID IRUJO, J.M. de la obra AA.VV. *Responsabilidad social de la empresa y Derecho mercantil*. *Op. ult. cit.*, págs. XVIII, «interés social, en cuanto elemento vertebrador y director de la organización y funcionamiento de la sociedad mercantil».

¹²⁷ Cfr., DUQUE, J. *Tutela*. *Op. cit.*, pág. 68. También, *in totum*, MUÑOZ MARTÍN, N. *Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la sociedad anónima*. Valladolid: Lex Nova, 1991.

¹²⁸ Para EMBID IRUJO, J.M. «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa». *Op. ult. cit.*, págs. 64 y 67, señala que «si una sociedad anónima decide no distribuir dividendos entre sus accionistas o, en todo caso, reduce la correspondiente asignación por dedicar el resto del beneficio (o la cantidad íntegra) a acciones comprendidas en su programa de RSC, nos encontraremos ante un acuerdo de sus socios libremente adoptado en la correspondiente junta general, sin ningún tipo de imposición jurídica. Si, en lo sustancial, la afirmación anterior parece correcta, hay que observar, ya en este momento, que tal acuerdo no será jurídicamente irrelevante; habrá que ver si es compatible con el interés social, magnitud, como se sabe, de necesaria observancia por los órganos de la sociedad en su actuación». Añade en la pág. 68, «los objetivos propios de la actividad empresarial puede encontrar un buen espacio de acomodo la RSC, que no sería, en principio, incompatible con la defensa y la promoción del interés social. Se trata de un planteamiento cuyas raíces pueden encontrarse en los *Principles of Corporate Governance*, elaborados por el *American Law Institute* en 1994, y que luego ha trascendido a algunos ordenamientos jurídicos –no demasiados–, así como a textos y recomendaciones inscritos en el denominado *soft law*. No ha llegado nuestro Derecho a incorporar cláusulas semejantes, al menos por lo que se refiere a las normas básicas sobre sociedades mercantiles. No obstante, la reciente reforma de la LSA, y también de la Ley del Mercado de Valores, llevada a cabo por la llamada "Ley de transparencia", de 17 de julio de 2003, ha supuesto una importante modificación, referida, entre otras cosas, al establecimiento de concretos deberes de los administradores de toda sociedad anónima (y no solo de las cotizadas), a fin de hacer más riguroso y nítido su particular estatuto jurídico». En similar línea de pensamiento, SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. «Creación de valor, interés social, responsabilidad social corporativa». En AA.VV. *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, tomo III (dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS *et Álii*), Cizur Menor (Pamplona): Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 851 a 909. JORDÁ GARCÍA, R. «Responsabilidad social corporativa y decisiones orgánicas en las sociedades mercantiles de capital». *Op. ult. cit.*, pág. 146.

cuarían al interés social; no existiendo, de este modo, deliberaciones o decisiones abusivas, ni contrarias al interés social. Como puede entenderse, tal correlación no es cierta ¹²⁹, ni se corresponde con la realidad. En verdad, siempre la mayoría ha de actuar y decidir con el punto de mira en el interés social, pero de ello no se desprende ni significa que el interés mayoritario o perseguido por la mayoría sea el interés social.

Insistimos, interés social e interés mayoritario no son extremos equivalentes ni coincidentes. A nuestro juicio, el interés social es un concepto que conlleva un valor abstracto, que debe ser concretado y definido según las circunstancias ¹³⁰ que se planteen.

No desconocemos, entonces, los problemas que provocan el diseño e interpretación del concepto de interés social, que vienen en gran parte incrementados por ser el interés social una noción jurídicamente indeterminada. En palabras de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE ¹³¹: «la concepción del interés social sigue presentando una notable heterogeneidad. Antes que el hecho de la negociación bursátil, en la construcción del interés social siguen primando los criterios político-económicos vigentes en cada uno de los Estados y allí donde tal se haya producido, su correspondiente traducción en la legislación societaria».

Concepto, pues, el de interés social difícilmente delimitable y asociado doctrinalmente a dos corrientes: la institucionalista y la contractualista ¹³²; e, incluso, cuando hablamos de sociedades bursá-

¹²⁹ A tal efecto, cfr., COUTINHO DE ABREU, J. «Interés social y deber de lealtad de los socios». *RdS*, núm. 19, 2002, pág. 42.

¹³⁰ ASÍ, ARROYO, I. «Reflexiones en torno al interés social». *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*. 2.º vol. Madrid: McGraw-Hill, 2002, págs. 1.854 y 1.855.

¹³¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. «El interés social y los varios intereses». *Op. cit.*, pág. 1.660.

¹³² Tal y como predicán VICENT CHULIÁ y SALINAS ADELANTADO. «Derecho de sociedades y mercado de valores». *Op. cit.*, pág. 6: «existen dos interpretaciones de esta noción de *interés social*, la institucionalista, que identifica el interés social con el de la empresa en sí misma considerada, en la que concurren los intereses de los socios, trabajadores, acreedores, proveedores, economía nacional, etc.; y la contractualista, que identifica el interés social con la finalidad de *crear valor para el accionista*, que lo identifica con el interés común de todos y cada uno de los socios, de obtener beneficios en la propia sociedad. Un sector doctrinal entiende que en el contexto del artículo 159.1 de la LSA el *interés de la sociedad* tiene un cierto carácter objetivo, atendiendo a la concepción institucional de la sociedad o a las características legales y circunstancias concretas de cada momento de la sociedad anónima afectada... Para los seguidores de la Escuela del Análisis Económico del Derecho, la cláusula de interés social tiene por finalidad impedir la expropiación —o el *oportunismo*— de unos contratantes por otros (socios, administradores) mediante la imposición de unos deberes fiduciarios. Pero parece razonable que *la mayoría cumple sus deberes de lealtad con la minoría persiguiendo la maximización de las ganancias comunes, esto es, el interés social*». Véanse los comentarios de VÁZQUEZ ALBERT, D. «El conflicto entre mayoría y minoría en la exclusión del Derecho de suscripción preferente». *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 26, 1998, págs. 178 y 180. Entre los defensores de la corriente contractualista nos encontramos con ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Interés social y Derecho de suscripción preferente*. *Op. cit.*, pág. 52: «la función del interés social no es señalar que exista un interés de la sociedad superior al de los socios e indisponible por estos sino reprimir comportamientos desleales por parte de la mayoría (...) el debate debe centrarse en determinar cuáles sean las vías e instrumentos idóneos para proteger los intereses de trabajadores, terceros y del público en general en la gestión empresarial y, en particular, si el Derecho de sociedades constituye un vehículo apropiado para tal fin». Por su lado, muestra el estado de la cuestión sintéticamente: COUTINHO DE ABREU, J. «Interés social y deber de lealtad de los socios». *Op. cit.*, explica las diferentes teorías págs. 19 y ss., «se habla, por ejemplo, de las teorías *monistas* (que identifican el interés de la empresa con el de los socios), *dualistas* (especialmente a través de la cogestión, en la que también los trabajadores y sus intereses forman parte de la sociedad) y *pluralistas* (que intentan hacer entrar en la empresa el interés público); o de los sistemas finalistas de la *optimización del lucro* (la sociedad busca los intereses de los accionistas; la satisfacción de intereses de otros grupos de personas, cuando venga exigida, v.gr. por ley, es contemplada como medio para alcanzar dicho fin), de la *correcta valoración de los intereses* (la sociedad debe

tiles se ha llegado a identificar el interés social con el interés público¹³³. Aunque, en honor a la verdad, la tesis contractualista¹³⁴ prevalece sobre la institucional.

De esta forma, insistimos, se asimila el hecho de que cuando se habla de defensa y realización del interés social se piense inmediatamente en una serie de preceptos legales que también aspiran a auxiliar un interés superior, como el interés de la ley, el de las costumbres, la imagen o el buen devenir de la empresa¹³⁵, entre otros, todos ellos atraídos dentro de la cláusula general «interés social». Pero también debe estimarse que la anterior afirmación no es excluyente de la defensa de los intereses propios del accionista o de los demás sujetos¹³⁶. En consecuencia, ha de subrayarse que también la satisfacción de

satisfacer intereses autónomos de varios grupos de personas, aun con el sacrificio, en cierta medida, de los intereses de los accionistas (aunque estos intereses tengan más importancia que los restantes) y el de la *consideración igualitaria de los intereses* (los intereses de los diversos grupos, especialmente los de los socios, trabajadores y colectividad, son considerados en pie de igualdad)... se ha puesto de moda el concepto de *shareholder value* (principalmente en lo que afecta a las sociedades con acciones que cotizan en Bolsa): la sociedad debe procurar aumentar el valor para los socios, aumentar el patrimonio de los accionistas. Puede afirmarse que la perspectiva monista (más renovada que nueva) acabó por prevalecer. En especial porque es cierto que los mercados de capitales y la globalización presionan para una adopción generalizada del concepto de *shareholder value*. La concepción de *shareholder value* se viene contraponiendo a la del *stakeholder value* (además de los intereses de los accionistas deben ser tenidos en cuenta otros intereses). Lo que quiere decir que el contractualismo y el institucionalismo, con o sin nuevos matices, continúan manifestándose.

¹³³ Así opinaba: SÁNCHEZ ANDRÉS, A. «En torno al concepto, evolución y fuentes del Derecho bursátil en el sistema jurídico español». *RDM*, núm. 155, 1980, pág. 11: «el interés público, que desempeña un papel importante en la orientación que debe presidir la política bursátil, podrá reforzar aquellas características de coactividad, automatismo y estereotipia o tipicidad». ESTEBAN VELASCO. *El poder de decisión en las sociedades anónimas*. Madrid, 1982, págs. 564 y ss. PARKISON. *Corporate Power and Responsibility*. Oxford, 1993, págs. 19 y 21. Por su parte, precisa SÁNCHEZ CALERO, F. *La sociedad cotizada en Bolsa*. *Op. cit.*, págs. 35 y ss., recordemos que la CNMV «tiene como uno de sus principales cometidos la protección de los inversores (cfr. arts. 1 y 13 LMV). Esta protección está basada en el interés público de que los eventuales inversores, a los que se solicita por las sociedades emisoras que adquieran determinados valores, estén ampliamente informados sobre las características de tales valores y las garantías que ofrece la entidad emisora».

¹³⁴ De acuerdo con el profesor EMBID IRUJO, J.M. «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa». *Op. ult. cit.*, pág. 72, «en España predomina una visión contractualista del interés social que conduce a la doctrina a identificarlo con el interés común de los socios, en el marco de una orientación tendente a incrementar los beneficios y la participación de los socios en su reparto. No obstante, conforme a lo que establece el artículo 127 bis LSA, es perfectamente posible defender una visión más institucional, de manera que el interés social—entendido, de acuerdo con la citada norma, como "interés de la sociedad"—ampare la posición jurídica de otros sujetos conectados a la sociedad (*stakeholders*). Y ello tanto para la sociedad anónima como para la sociedad de responsabilidad limitada».

¹³⁵ Según GARRIGUES, J. «La protección de las minorías en el Derecho español». *Op. cit.*, pág. 251. JUSTE MENCIA, J. *Los derechos de minoría*. *Op. cit.*, págs. 73 y 74. Estas mismas consideraciones son vertidas también en el Derecho comparado: DE GREGORIO, A. «Note sul diritto di informazione dell'azionista». *Riv. Società*, 1959, págs. 637 y ss. DANGLEHANT, C. «Le nouveau statut des minoritaires». *Op. ult. cit.*, pág. 227: «les minoritaires ne sont pas protégés du seul fait de l'atteinte portée à leurs intérêts, il faut encore que la décision prise porte atteinte à un intérêt de la société. Il s'agit avant tout de protéger l'intérêt de la société elle-même, qui se distingue de l'intérêt commun des associés».

¹³⁶ Cfr., JUSTE MENCIA, J. *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*. *Op. ult. cit.*, págs. 50 a 56. También, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Interés social y Derecho de suscripción preferente*. *Op. cit.*, pág. 57. ALCALÁ DÍAZ, M.A. «El conflicto de interés socio-sociedad en las sociedades de capital». *Op. cit.*, pág. 123: «el socio al integrarse en la sociedad pueda conseguir un fin propio e individual pero cada uno de estos fines personales solo podrán obtenerse mediante la realización del interés social como fin típico y común de todos los socios. Así, el socio pretende satisfacer a través de su participación en la sociedad distintos intereses algunos de los cuales son coincidentes con los de los demás socios por lo que son calificados de comunes, conformando el concepto de interés social. Con ello se identifica el interés de la sociedad con el interés común de los socios lo que supone la adhesión a las llamadas tesis contractualista, predominantes en nuestra doctrina que ponen el acento en la finalidad común perseguida por los socios manifestada en el elemento causal del negocio societario». Ídem en «Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente». *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*.

esos intereses paralelos coadyuvan a la consecución del interés social, cuya relevancia y presencia resulta crucial en todo fenómeno asociativo. De tal suerte que el interés social¹³⁷ viene a constituirse en pauta de equilibrio y canalizador entre las relaciones de mayoría y minoría que deben converger en la sociedad y también podría argumentarse que el interés social bien puede dar cabida como aspiración a observar el compromiso o cumplimiento de la RSE.

Entonces, se vislumbra así que el interés social se constituya en el «faro» de atracción de la RSE. Sin dejar de tener presente, como pone de manifiesto SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE¹³⁸, que «la definición del interés social en la sociedad cotizada no puede ignorar como principios irrenunciables los de rentabilidad y continuidad empresarial».

Al hilo de lo precedente, somos de la opinión que si bien las anteriores reflexiones son válidas en el Derecho de sociedades en general, nuestro análisis se centra en la integración de la RSE respecto al interés social, como elemento abstracto común y de observancia para todos los socios y operadores en

Madrid, 1991, págs. 29 y ss. Por su lado, apunta EMBID IRUJO, J.M. «Configurazione statutaria nel Diritto delle società di capitali». *Giurisprudenza Commerciale*, T. I, núm. 5, 1999, págs. 500 y 501: «sia per l'incremento del diritto imperativo, sia per la maggiore istituzionalizzazione del concreto tipo societario, mercè l'ammissione di principio configurativi del tipo. Con tale maggiore rigidità del diritto delle società si tenta, essenzialmente, di servire interessi bisognosi di tutela come quelli dei soci (soprattutto, di minoranza), dei creditori, degli investitore e dei lavoratori dell'impresa sociale».

¹³⁷ Apunta de manera acertada el profesor POLO, E. «Abuso o tiranía». *Op. cit.*, págs. 68, 69 y 74: «tanto el interés de la mayoría cuanto el interés de la minoría son –o, más exactamente, pueden ser– intereses sociales y que, en línea de principio, no existen "intereses de la sociedad" abstractos, distintos de los intereses contrapuestos de los accionistas, ni un único "interés de la sociedad" entendido como "interés común" o suma de los intereses particulares de los socios. Lo que existe, en definitiva, es una comunidad de fin basada en un principio de colaboración entre los socios para el ejercicio de una actividad económica... los derechos atribuidos corporativamente a los accionistas como un medio de tutelar directamente sus intereses y el propio interés social frente a los de los accionistas mayoritarios o de solicitar –judicial o extrajudicialmente– un amparo para los mismos, poseen un contenido ciertamente plural o heterogéneo (...).» Según GARRIGUES, J. «La protección de las minorías en el Derecho español». *Op. cit.*, pág. 258: «esta defensa se plantea en el terreno de los poderes legítimos en la asamblea general como órgano supremo de dirección y de expresión de la voluntad social... cuando el acuerdo de la mayoría viola la ley o los estatutos se concede al socio minoritario una acción de impugnación de ese acuerdo... no se protege la opinión de la minoría como tal sino que se protege la opinión de la minoría solo en cuanto esta coincida con la ley o con los estatutos o con el interés social». Cuestiona ARROYO, I. «Reflexiones en torno al interés social». *Op. ult. cit.*, págs. 1.846 y 1.847, «puede afirmarse sin reservas que el interés social es un principio rector, en cualquiera de los tipos societarios mercantiles, que actúa como límite a la libertad de los socios y de los órganos sociales. Desde las sociedades capitalistas, como la sociedad anónima y abierta... en toda la tipología societaria, se puede predicar el predominio del interés social... parece que el interés social es un valor superior al principio mayoritario. La pregunta se impone inmediatamente ¿quién está por encima de la mayoría para revocar un acuerdo mayoritario? Dicho en otros términos ¿quién tiene más autoridad o legitimación que la propia opinión mayoritaria para decidir o definir qué se entiende por el interés social? ¿acaso la mayoría no representa el interés social?». Por su parte, para el Derecho italiano, estas mismas consideraciones son vertidas por MAZZONI, A. «Gli azionisti di minoranza nella riforma delle società quotate». *Op. cit.*, págs. 486 y 487, piensa en una «doble consideración de los accionistas de minoría: por un lado, en la sociedad cotizada aparecen como socios de la sociedad emitente, por otro, como ciudadanos del mercado. En ambas categorías confluyen los intereses de los accionistas de minoría, interés social e interés general al correcto funcionamiento del mercado». En fin, véase, ROSSI, G. «Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate». *Rivista delle società*, 1991, pág. 1.356: «protezione dei diritti dell'azionista e dell'interesse sociale, concetto come interesse comune dei soci o della corporazione».

¹³⁸ Añade, además, otro elemento de reflexión que compartimos con el profesor SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. «El interés social y los varios intereses». *Op. cit.*, págs. 1.667 y 1.687: «el interés social no puede afirmarse de manera imperativa a través de una norma. La razón para ello no pasa por consideraciones político-legislativas, sino por el reconocimiento de la variedad de supuestos y la heterogeneidad del contenido de intereses vinculados con dicho concepto. El interés social varía porque su aplicación se proyecta sobre supuestos y escenarios radicalmente diversos en el seno de una misma sociedad».

el mercado en el que interactúan, convirtiéndose de este modo, el interés social y la RSE en dos caras de la misma moneda, al tener presentes los diferentes principios y valores que, sin embargo, convergen en el bienestar de la empresa y el entorno social en que se ubican.

5.3. Las herramientas de la responsabilidad social empresarial y el Derecho mercantil: reglas de soft law (códigos de buen gobierno y autodisciplina)

Repárese –como punto de partida– en que las herramientas con las que cuenta el Derecho mercantil en su actuación son las leyes, como muestra del Derecho imperativo e inderogable. Ahora bien, casualmente, esta rama especial del Derecho privado patrimonial se ha ido construyendo a lo largo de su historia, evolución, desarrollo e impulso actual con otros instrumentos normativos, baste traer a colación la costumbre (*ex art. 2 CCom.*) y, es más, dentro del Derecho societario como rama integrante del general Derecho mercantil, la incorporación de una serie de pautas (léase estatutos, pactos parasociales, entre otros) y principios de carácter no imperativo, es decir, códigos de conducta¹³⁹ y principios de gobierno¹⁴⁰. Cabalmente, estas últimas son las fuentes principales de las que bebe y se nutre la RSE¹⁴¹. Otras herramientas para llevar a cabo la acción de la RSE vienen dadas por los instrumentos

¹³⁹ PUY FERNÁNDEZ, G. «La responsabilidad social en el marco del gobierno corporativo», en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/responsabilidad/index.php?modo=descargasyidcat=309yidzona=>. También, DEL REY GUANTER, S. «Responsabilidad social empresarial y orden social: algunas reflexiones sobre sus conexiones semánticas (o terminológicas) y sustanciales». *Op. cit.*, pág. 69, «el otro modelo de documento que expresa compromisos sobre RSE es el Código de Conducta, una declaración formal de una empresa o grupo de empresas de someterse a una autorregulación vinculante y vinculada al repertorio de buenas prácticas sociales, económicas y medioambientales que conforman una actitud socialmente responsable de una empresa». Acertadamente FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. en el prólogo de la obra AA.VV. *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*. Elena F. PÉREZ CARRILLO (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2009, pág. 22, puntualiza que «la autoregulación, como eje del gobierno empresarial en un sistema liberal de capitales, se ha ido combinando con intervenciones reguladoras, particularmente en aspectos como la protección del inversor, la configuración de los órganos de adopción de decisiones o la transparencia. Por otra parte, no han quedado olvidados aspectos que atañen al papel de las empresas en la sociedad: la necesidad de que la actividad productiva genere resultados sin por ello dañar el medio ambiente, la importancia de contar con mecanismos de fiscalidad eficaces, y equilibrados; o la defensa de derechos de los trabajadores, siempre, sin ahogar la exigida libertad del emprendedor». También FERNANDO MAGARZO, M.^a R. «Códigos de conducta». *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 7, 2010, págs. 91-118.

¹⁴⁰ SALAS, V. «¿Sustituye la responsabilidad social al buen gobierno de la empresa?». *Op. ult. cit.*, págs. 8 y 9, explica que «El Código Olivencia, afirma expresamente los deberes de los directivos de la empresa con la creación de valor para los accionistas, de manera que cualquier actuación que en nombre de la responsabilidad social fuera contraria a este fin sería también contraria al buen gobierno que prescribe este código. El más reciente Informe Aldama y la Ley de Transparencia que sigue al mismo son más ambiguos al definir los deberes de los directivos, pero tampoco respaldan expresamente la responsabilidad social como fin último de la gestión empresarial. Por ejemplo, el Informe Aldama alude a la continuidad y a los intereses a largo plazo de la empresa como el criterio que debe guiar las decisiones de la dirección. Sin embargo, al referirse explícitamente a la responsabilidad social de las empresas lo hace como una práctica voluntariamente asumida por las mismas, al margen de cualquier deber fiduciario de los administradores. La Ley de Transparencia, por su parte, enumera una lista amplia de deberes de los administradores (fidelidad, diligencia, lealtad...) pero solo en el deber de fidelidad se menciona un criterio de actuación para los administradores que se formula en los términos de deber con el interés de la sociedad, unos términos sin duda ambiguos que dejan en el aire la respuesta a la pregunta sobre cuáles son las obligaciones con la responsabilidad social de las empresas, que emanan de los códigos y las leyes sobre los deberes fiduciarios de los administradores (...) el buen gobierno no niega a cualquier empresa la posibilidad de definir una misión donde se contemple el bienestar de los interesados directos e indirectos, es decir que se distancie de la recomendación del Código Olivencia de actuar con el único fin de hacer máximo los beneficios».

¹⁴¹ PÉREZ CARRILLO, E. «Introducción. Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas». *Op. ult. cit.*, pág. 31, expresa ideas reiteradas por la doctrina al decir que «desde el punto de vista de las fuentes normativas, el movimiento del

de normalización ilustrados en convenios y recomendaciones ¹⁴², cuyo propósito es delinear principios transparentes, medibles y verificables para certificar las labores que llevan a cabo las empresas.

Normalmente, estas últimas herramientas de carácter obligatorio ¹⁴³ han venido y vienen a formar parte y ser esencia de lo que es la RSE, aunque somos del parecer que la RSE necesita de una serie de reglas de carácter imperativo –aunque sean pautas de *minimis*–, pero que, en definitiva, sirvan como foco de atención ¹⁴⁴ y de ayuda a la extensión y estandarización de estas reglas de acción.

Trayendo a colación que el Derecho mercantil también hace uso de instrumentos normativos de tenor no vinculante, ni imperativo o coercitivo, es decir, aquellas herramientas reglamentarias que se incluyen al abrigo del *soft law* y que se traducen en los códigos de buen gobierno ¹⁴⁵ y autodisciplina reglamentaria en orden a establecer la transparencia informativa, configurar deberes en los órganos ejecutivos de la sociedad, incrementar la participación de los accionistas en el devenir de la sociedad, depurar responsabilidades a los administradores, entre otros. Todos estos propósitos, perfectamente podrían

buen gobierno, tanto por lo que se refiere estrictamente a *corporate governance*, como si se incluye en él a la *responsabilidad social corporativa* se percibe como muy directamente relacionado con la técnica de los códigos voluntarios de buen gobierno corporativo y con la idea de que el funcionamiento y actuación de las sociedades mercantiles debe basarse en mecanismos transparentes de adopción de decisiones, en la ética empresarial e incluso en instrumentos para hacerla exigible».

¹⁴² Argumenta DEL REY GUANTER, S. «Responsabilidad social empresarial y orden social: algunas reflexiones sobre sus conexiones semánticas (o terminológicas) y sustanciales». *Op. ult. cit.*, pág. 48, «el hecho de que los principios y reglas propios de la RSE no nazcan de una obligatoriedad jurídica no implica necesariamente una falta de instrumentos para obligar socialmente a su implementación y cumplimiento. En efecto, la carencia de obligatoriedad jurídica, que hace décadas marcaría la no aplicabilidad práctica de pautas de conducta, en la actualidad, merced a mecanismos indirectos de *obligatoriedad* tales como la libertad de información y expresión, acompañado de unos medios de comunicación e información masivos y globalizados, permiten desarrollar un nivel de coacción social a veces tanto o más efectivo que las sanciones propiamente jurídicas. La carencia de obligatoriedad jurídica no es sinónimo de ausencia de consecuencias negativas para el empresario en caso de incumplimiento de las obligaciones sociales derivadas de la RSE. La censurabilidad social de la comunidad ante determinados comportamientos puede tener consecuencias negativas incluso mayores que las estrictamente jurídicas, y ello es lo que marca las diferencias con etapas anteriores en las que las sanciones jurídicas ocupaban un lugar casi exclusivo a la hora de determinar efectos adversos para el incumplidor».

¹⁴³ SALAS, V. «¿Sustituye la responsabilidad social al buen gobierno de la empresa?». *Op. cit.*, págs. 4 y ss.

¹⁴⁴ VARELA, A. e IGARTUA, F. «Principios, normas y estándares sobre responsabilidad social corporativa». *Economistas*, núm. 106, 2005, pág. 66, dicen que «es imprescindible culminar adecuadamente el proceso de fijación de estándares si se desea tomar un marco efectivo de referencia. Desde este punto de vista, como siempre, el viejo debate de si deben fijarse de acuerdo únicamente con las expectativas de los *stakeholders* o de forma concertada con las empresas, vuelve a situarse en el centro de la discusión (...) A cambio, hay que fomentar los mecanismos de diálogo con los *stakeholders* para ir tomando en cuenta sus expectativas en el transcurso del tiempo y, en cuanto sea posible, robustecer los estándares y, por tanto, la práctica de la responsabilidad social corporativa».

¹⁴⁵ Véanse las últimas actualizaciones en torno a los códigos de buen gobierno, MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, J. «Propuesta de actualización del código unificado de buen gobierno de sociedades cotizadas». *RdS*, núm. 34, 2009, págs. 593-612, en especial, pág. 593, describe que «el 17 de diciembre de 2009 el consejo de la CNMV, adoptó el acuerdo de someter a consulta pública una propuesta de actualización del Código Unificado de buen gobierno de 2006. La propuesta de modificación es consecuencia de la necesidad de adaptación de nuestro Derecho a las Recomendaciones de la Unión Europea que afectan a la retribución de los administradores de sociedades cotizadas publicadas el 30 de abril de 2009. A pesar de que el ámbito de aplicación de las recomendaciones europeas se dirige a los administradores de sociedades cotizadas, la comisión precisó que se deja en manos de los Estados miembros que aprecien la oportunidad y conveniencia de aplicar estas recomendaciones también a las sociedades que no cotizan en los mercados». Dentro del ámbito del Derecho comparado, véase a PÉREZ CARRILLO, E. «Gobierno corporativo comparado». AA.VV. *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*. Elena F. PÉREZ CARRILLO (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2009, págs. 49 y ss.

calificar y delinear el alcance y la extensión de la RSE, cuyas herramientas –que construyen su contenido– son en su gran mayoría reglas no coercitivas a las que no corresponde ningún tipo de sanción en caso de incumplimiento ¹⁴⁶. Nótese que constantemente se llevan a cabo iniciativas destinadas a actualizar los códigos de buena conducta y, en especial, el más reciente Código Unificado de Buen Gobierno (2006). En efecto, la última de las piezas que componen los diferentes instrumentos que integran el arsenal de los códigos de buen gobierno dictados en España, la compone el Código Unificado de Buen Gobierno ¹⁴⁷, construido en el seno de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. El 19 de mayo de 2006 salió a la luz y pretendía actualizar las recomendaciones de los anteriores informes elaborados (Código Olivencia y Aldama, respectivamente) y ajustarse a los criterios que iban perfilándose dentro del ámbito del Derecho comparado. A tal efecto, MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS ¹⁴⁸ puntualiza que «la recomendación de la comisión que complementa las Recomendaciones 2004/913/CE y 2005/162/CE en lo que atañe al sistema de remuneración de los consejeros de las empresas que cotizan en Bolsa, de 30 de abril de 2009 [C (2009) 3177], y la segunda recomendación de la comisión sobre las políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros de la misma fecha [C (2009) 3159]. La comisión explica que estas recomendaciones constituyen la primera fase de una estrategia que pretende seguir la comisión europea para tratar este tema, que se considera de extraordinaria importancia. El objetivo, tal y como se ponía de manifiesto en la comunicación europea titulada "Gestionar la recuperación europea", es mejorar la gestión de riesgos de las entidades financieras y ajustar en todas las empresas los incentivos retributivos a la obtención de resultados estables y duraderos, con el fin de garantizar la viabilidad a largo plazo de las empresas. La comisión pretende que con estas recomendaciones se logre un cambio de cultura real en las empresas. De hecho, se incorpora una medida de control destinada a requerir la información necesaria para trasladarla a los accionistas, en especial, por lo que hace al ejercicio de las funciones de las comisiones, tal y como se realiza en otras legislaciones y, a modo de ejemplo, cabe citar para nuestro interés la necesidad de comunicar e informar a los accionistas de los menesteres desarrollados por la comisión de retribuciones, como se manifiesta en las recomendaciones de la ABI (*Association of British Insurers*): *Executive Remuneration. ABI Guidelines on policies and practices*, de 15 de diciembre de 2009, donde se contienen los deberes y responsabilidades de estas comisiones ¹⁴⁹. Lo anterior nos viene a ayudar en pos del planteamiento que venimos defendiendo, toda vez

¹⁴⁶ Cfr., *in totum*, DEL REY GUANTER, S. «Responsabilidad social empresarial y orden social: algunas reflexiones sobre sus conexiones semánticas (o terminológicas) y sustanciales». *Op. cit.*, pág. 47, señala que «a la norma imperativa que impone o prohíbe una determinada conducta se le ha de agregar normas incentivadoras o encauzadoras en las cuales este elemento coactivo queda acentuadamente en un segundo plano –aunque ciertamente existente–».

¹⁴⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, J. «Gobierno corporativo. Administración de sociedades mercantiles y responsabilidad». *Op. ult. cit.*, págs. 120 y 124, establece un resumen de los principales trazos del texto, declara «formalmente, el documento está integrado, tras algunas explicaciones previas, por dos anexos: el Anexo I, que contiene el Código Unificado, orientado por principios de voluntariedad (matizado por la regla "cumple o explica"), definiciones vinculantes, evaluación por el mercado y generalidad en cuanto a su aplicación al conjunto de las sociedades cotizadas, compuesto por recomendaciones y definiciones, y completado por un apéndice normativo y otro comparativo con los Informes precedentes; y el Anexo II de recomendaciones complementarias dirigidas al Gobierno, a la CNMV y a las instituciones financieras, algunas de ellas de importante alcance normativo (...) dedica la mayor parte de su contenido al consejo de administración (7 a 26), a los consejeros (27 a 41) y las comisiones internas (42 a 58). (...) Todas ellas en conjunto afectan o pueden afectar a la estimación en el caso concreto de aspectos del régimen sustantivo de la responsabilidad, como son el cumplimiento de los deberes (especialmente, a estos efectos, el de diligencia en esas vertientes de información y dedicación), la imputación de los eventuales daños causados en función de la competencia asignada, sea colegida o individual, sea ejecutiva o de supervisión (...)».

¹⁴⁸ MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, J. «Propuesta de actualización del código unificado de buen gobierno de sociedades cotizadas». *Op. ult. cit.*, pág. 594.

¹⁴⁹ MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, J. «Propuesta de actualización del código unificado de buen gobierno de sociedades cotizadas». *Op. ult. cit.*, pág. 607.

que son complementarios la RSE y los códigos de conducta o buen gobierno corporativo¹⁵⁰, al constituirse en las claves sobre las cuales giran la «gerencia social»¹⁵¹ y su deambular estratégico. El vínculo que une el gobierno corporativo y la responsabilidad social radica en el conjunto de buenas prácticas de carácter voluntario que constituyen ejemplos de buen gobierno.

Sobre esta temática, incluso algunos autores¹⁵² se han llegado a plantear si sustituye la responsabilidad social al buen gobierno de la empresa. A nuestro juicio, la respuesta es negativa, al ser este último más restringido en alcance de lo que es y supone la RSE, que es más amplia en efectos y despliegue dentro de la estructura de cualquier empresa.

¹⁵⁰ Se comparte la opinión del profesor QUIJANO GONZÁLEZ, J. «Gobierno corporativo. Administración de sociedades mercantiles y responsabilidad». *Op. ult. cit.*, en pág. 125, al subrayar que «de la evolución contemplada por las propuestas de gobierno corporativo cabe deducir un aumento progresivo de la "sensibilización" en cuanto a la funcionalidad real de las recomendaciones y a la influencia sobre la responsabilidad. Es cierto que la técnica de las recomendaciones generó evidente insatisfacción sobre el grado de incorporación y seguimiento efectivo de los códigos de buen gobierno (...) subestimando su eficacia jurídica, pues no hay que olvidar que, traducidas dichas recomendaciones a instrumentos formales (estatutos, reglamentos, acuerdos válidos), su efecto vinculante para la sociedad y sus administradores está fuera de toda duda, como lo está el hecho de que esa incorporación las convierte en pauta exigible de comportamiento, organización o funcionamiento, y, en esa condición, en fuente de responsabilidad y en criterio para juzgar conductas, imputar decisiones, estimar exoneraciones, etc., a la hora de aplicar al caso los elementos normativos abiertos que integran el régimen de la responsabilidad. Por esta vía, la relación entre gobierno corporativo y responsabilidad de los administradores es evidente. Tal relación se ha hecho más intensa desde el momento en que algunas de las recomendaciones más tradicionales, especialmente en materia de deberes de los administradores, se han convertido en norma legal imperativa, con independencia de la mayor o menor corrección que queda atribuir a la tipificación concreta del contenido de cada uno de esos deberes fiduciarios en el texto legal».

¹⁵¹ *Vid.*, VARELA, A. y IGARTUA, F. «Principios, normas y estándares sobre responsabilidad social corporativa». *Op. cit.*, págs. 64 y 65, mencionan que «el informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados financieros y las sociedades cotizadas (Informe Aldama), presentado el 9 de enero de 2003, apostaba por un enfoque voluntario en esta materia. Así, señalan que *cada empresa podría asumir libremente aquellas obligaciones o compromisos adicionales que desee de carácter ético o social dentro de un marco general de desarrollo sostenible, como la presentación de un triple balance económico, social y medioambiental*. Sin embargo, cada vez más, esa voluntariedad se convierte en obligatoriedad, ya sea por ley (así en diferentes países para empresas cotizadas, sobre todo en lo relativo a la publicación del llamado balance social) o, de hecho, puesto que las empresas socialmente responsables adoptan determinados estándares que se convierten en criterios generalmente aceptados en el mercado (...) desde la administración se ha señalado que los pilares del marco legal deberían ser: a) la creación de un órgano administrativo encargado de impulsar las prácticas de RSC, b) el establecimiento de incentivos a las empresas que se comprometan con la política de transparencia informativa en relación con los planes de formación de los trabajadores... c) creación de un registro de empresas auditoras especializadas en temas sociales y medioambientales; d) obligatoriedad de la elaboración y publicación del llamado *triple balance* (económico, social y medioambiental), e) creación de un servicio de reclamaciones y encomendación a la CNMV de las labores de inspección y control en este terreno».

¹⁵² Explica la relación entre RSC y Gobierno corporativo, SALAS, V. «¿Sustituye la responsabilidad social al buen gobierno de la empresa?». *Op. cit.*, págs. 4 y 5, «la búsqueda de mecanismos que garanticen la protección de los intereses de unos accionistas afectados por serios problemas de acción colectiva y sean a la vez compatibles con mantener intacta la capacidad de gestión y la iniciativa emprendedora de los directivos y trabajadores que manejan los activos de la empresa, ha constituido el núcleo central de lo que se ha llamado buen gobierno corporativo (BGC)... Es frecuente incorporar dentro de la RSC la preocupación por el bienestar de todos los interesados que se relacionan directa o indirectamente con las actividades y recursos de la empresa, entre los cuales se incluyen los accionistas de la empresa. Por otra parte, entre los códigos e informes que tratan de dar contenido operativo a las prácticas de buen gobierno leemos que constituye una buena práctica, por parte de quienes actúan en nombre de la empresa, hacerlo buscando la supervivencia y el bien de la empresa en su conjunto, lo cual obliga a no dejar fuera de esa preocupación a ningún colectivo que forme parte de ella. La intersección entre RSE y BGC no siempre aparece de forma consciente entre quienes hablan o actúan bajo la inspiración y guía metodológica de una o de la otra al abordar conflictos de interés».

5.4. El activismo accionarial: instrumento de engarce e inclusión de la responsabilidad social empresarial y el buen gobierno de la empresa

El activismo accionarial como fenómeno se localiza en las grandes sociedades, en particular, en las sociedades cotizadas que negocian sus acciones en Bolsa, precisamente, para superar y remediar el absentismo de los accionistas preocupados exclusivamente por la rentabilidad patrimonial de sus acciones y, en consecuencia, su planteamiento pasivo ante el ejercicio de los derechos político-administrativos y participación en las decisiones de las sociedades, puesto que se dejaba un vacío de poder ocupado por los administradores y consejos de administración. Ante esta tesitura, se hacía necesario buscar los cauces pertinentes en orden a reactivar la participación accionarial –titulares de la propiedad– en la sociedad y su devenir. Además, dicha participación en las decisiones no solo se circunscribe a cuestiones económico-patrimoniales, sino también sociales ¹⁵³, y aquí es donde entronca su papel con la reactivación de la RSE. Asimismo, es donde residen los puntos de conexión entre las recomendaciones propuestas por los códigos de buen gobierno, que persiguen la mayor participación accionarial y, a la par, el contenido de la RSE, que busca comprometer e implicar a todos los operadores de la empresa/sociedad con el entorno.

5.4.1. Activismo de los accionistas desde la perspectiva mercantil: herramientas normativas

Tal y como adelantábamos en nuestra explicación, en los últimos tiempos se ha ido incentivando la participación de los accionistas, precisamente para evitar los fenómenos de absentismo y de separación entre el control de la sociedad y la propiedad de las acciones. En este ámbito, ha sido la Ley 26/2003, de 17 de julio, ya anotada, a través de la cual se han intentado paliar los anteriores problemas de absentismo y dispersión accionarial, persiguiendo incentivar el papel de los accionistas no solo en la mejora de sus derechos políticos, sino también en la recuperación del órgano asambleario y deliberativo –la junta–, además de los deberes de información y del papel primario que aquel órgano debía de asumir; problemas, sin lugar a dudas, ya referidos pero que han resultado, a nuestro parecer, insuficientes como calificativo atribuible a la mencionada ley, que se ha quedado solo en buenas intenciones.

En el recorrido cronológico y normativo, hay que significar también las modificaciones incorporadas a la anterior legislación mediante la Ley 19/2005 ¹⁵⁴, de 14 de noviembre, sobre la sociedad

¹⁵³ Véase, *in totum*, GOSSELIN, T. *Inversión socialmente responsable: la gestión del riesgo y la calificación de criterios RSE*. Cuadernos Forética, 2006. GARCÍA CALVENTE, Y. «Fomento de la inversión socialmente responsable a través de incentivos fiscales». *Op. ult. cit.*, pág. 121, dice que «la adopción de una actitud comprometida y también responsable frente a quienes gestionan el capital invertido (empresas). Según el Foro Europeo de Inversión Social (...) el concepto se basa en tres pilares fundamentales: - La búsqueda de rentabilidad a largo plazo. - La influencia a largo plazo de factores extrafinancieros, como son los aspectos medioambientales, sociales y de gobierno corporativo (MSGC). - El ejercicio de los derechos de los accionistas, como por ejemplo, el derecho de voto y el derecho de voz. Pero, ¿cómo se lleva a cabo el activismo accionarial? Normalmente a través de la presentación de mociones que, aunque no suelen ser aceptadas, permiten dar publicidad al tema en cuestión y presionar a las empresas para que sus prácticas sean más responsables».

¹⁵⁴ Cfr., BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 2005.

anónima europea domiciliada en España, en adecuación al Reglamento (CE) núm. 2157/2001¹⁵⁵, del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, en orden ambas disposiciones –a nuestro interés– a hacer más partícipes a los accionistas dentro de la gerencia de la sociedad. Con carácter más reciente hay que enfatizar, también dentro del escenario europeo, la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007¹⁵⁶, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Esta reglamentación destaca por potenciar el derecho de voto de los accionistas y, a su vez, su participación en el deambular de la sociedad. De suerte que el accionista pueda controlar y gestionar sus acciones y formar parte del buen gobierno de la empresa, que hay que fomentar tal y como se trasluce de la norma. Dicha directiva ha de trasladarse al Derecho español y con ello revitalizar las juntas generales, en especial, en las sociedades abiertas y grandes como las cotizadas en Bolsa. También aquí los accionistas minoritarios resultan beneficiados al permitirles su participación en las decisiones sociales siempre que alcancen y representen un 5 por 100 del capital social.

Ni que decir tiene que las reglamentaciones anteriormente aludidas encuentran ahora acomodo y reordenación en el TRLSC, que viene a sistematizar dichas leyes y evitar así problemas interpretativos. En cualquiera de los casos, las normativas referidas encuentran un punto común de actuación, como es que los accionistas se involucren en la marcha de la sociedad, pero no solo preocupados por su inversión económica, sino también por su inversión social y medioambiental¹⁵⁷, traducida en la RSE como fórmula que acoge dichas preocupaciones y es el parámetro de actuación de los diferentes grupos de interés implicados.

6. A MODO DE COROLARIO

La RSE viene a concebirse, a día de hoy, como una estrategia corporativa de todo tipo de organizaciones, aunque el camino para alcanzar tal planteamiento no ha resultado nada fácil. En el presente, las empresas socialmente responsables delimitan y promueven políticas y programas que repercuten positivamente en su entorno, en otros términos, se diseñan y aplican acciones que suponen tomar conciencia de estar ante un proceso de mejora continua cumpliendo tanto con los objetivos de los socios como con las expectativas de su marco social, extremo que conlleva el observar aspectos que abarcan desde acciones netamente altruistas hasta otras que inciden directamente sobre cuestiones puramente económicas.

Nadie duda que la responsabilidad social en las empresas forma parte de la ética y de la imagen que proyectan estas hacia el mundo que les rodea y, como tal, se convierte en una aspiración y propuesta a implementar por aquellas organizaciones, que además condicionan su estrategia en pos

¹⁵⁵ DOUE L 294, de 10 de noviembre de 2001.

¹⁵⁶ DOUE L 184, de 14 de julio de 2007.

¹⁵⁷ La argumentación teórica de este planteamiento puede encontrarse en el comentario de LIMA RODRIGUES, L. «Conflictos entre "stakeholders" em relação às actividades de responsabilidade social: uma abordagem dialéctica». *Inovação e responsabilidade: desafios e soluções*, núm. 91, XIV Encuentro Aeca, AECA, 2010, págs. 85 a 89.

de atender a aquel planteamiento, concretándose así en una herramienta de gestión imprescindible en su devenir futuro. La RSE, en líneas generales, se manifiesta a través de un modelo voluntario, amparado y garantizado por un marco normativo apropiado. En este sentido, la RSE se relaciona con los códigos de buen gobierno corporativo y de transparencia informativa, en pos de construir una nueva cultura empresarial dentro de un mercado global, aunque hay que adelantar y dejar claro desde ya –para no inducir a error– que una cosa es la RSE y otra complementaria y tangencial a esta son los códigos de buen gobierno corporativo, tal y como hemos observado a lo largo de este trabajo.

Al hilo de lo hasta aquí explicado, se infiere que la respuesta al interrogante que da título a nuestro comentario e interpretación se expresa en sentido positivo, es decir, nos encontramos ante una nueva concepción de la empresa con «tintes» más sociales, solidaria y preocupada por otra serie de intereses, no solo por los beneficios y dividendos económicos a distribuir.

De igual modo, no puede pasar desapercibida la RSE y, como tal fenómeno, ha de ser estudiada seriamente en pos de convertirse en una cultura y herramienta gerencial de primer orden, convirtiéndose, a su vez, en un instrumento necesario y diferenciador en aras de competir y ubicarse en el mercado y en entornos globalizados. El legislador en su labor tendrá que ser consciente de los nuevos planteamientos y principios innatos que se engloban alrededor de la RSE, así como del papel de la empresa en ese contexto y actuar en consecuencia.