

Resumen

En el presente trabajo se lleva a cabo una aproximación al relieve jurídico de la RSC, materia tradicionalmente desdeñada en las aportaciones sobre el tema. Se hace hincapié en el significado de la RSC para el ordenamiento jurídico, en general, resaltando su carácter voluntario, susceptible de importantes matices. En el plano específico del derecho mercantil, la RSC produce efectos significativos en el derecho de sociedades y en el derecho del mercado. Para el primero es clave la noción de interés social, y para el segundo resulta determinante su incidencia en el marco de la competitividad de las empresas.

Palabras clave: responsabilidad social corporativa, carácter voluntario, costumbre, interés social, mercado, competencia.

Abstract

The present article undertakes an approach to the legal relief of CSR, a matter traditionally scorned in the contributions to the subject. Emphasis is laid on the significance of CSR for the legal system in general, underlining its voluntary nature, susceptible to qualifications of considerable importance. On the specific commercial law level, CSR produces significant effects on both company law and on market law. For the former a key factor is the notion of social interest, and for the latter its impact on the framework of company competitiveness is decisive.

Key words: corporate social responsibility, voluntary nature, custom, social interest, market, competition.

JEL classification: K20, M14.

DERECHO, MERCADO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

José Miguel EMBID IRUJO

Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN: LA ESCASA ATENCIÓN A LOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LA RSC

EL amplio debate que, desde hace años, se refiere a la responsabilidad social corporativa (RSC) viene desarrollándose desde la doble perspectiva de la economía, por un lado, y de la ética de la empresa, por otro. Sobre la base de estos diversos planteamientos, se han alcanzado ya resultados relevantes y, sobre todo, se ha terminado por convertir a la RSC en un *must* de la realidad empresarial de nuestro tiempo. No parece posible en la época actual soslayar el relieve de la RSC cuando se contempla el sentido último de la empresa, sus fines y orientaciones generales, pudiendo decirse incluso que ha llegado a incorporarse, como un elemento más, a la reflexión teórica de nuestros días en torno a la institución empresarial. Pero, al lado de esta perspectiva *teórica*, cabe señalar también que la RSC se ha convertido en una circunstancia habitual de la realidad cotidiana de las empresas y, en particular, de las de mayor dimensión, por lo que alcanza un valor que cabría denominar práctico, vinculado al discursar común de la actividad de empresa. La idea de ser calificada como «empresa socialmente responsable» se configura de este modo como un elemento prestigioso, a la par que rentable, desde la perspectiva concreta de una empresa que aspire a una implantación satisfactoria en el mercado.

La importancia de la RSC en la época presente y la abundancia de estudios doctrinales a ella dedicados desde la doble vertiente antes señalada no ha ido acompañada, sin embargo, de una contribución equiparable en lo que al derecho se refiere (1). Esta falta de interés por la perspectiva jurídica (2) puede explicarse, quizá, por un extremo continuamente repetido cuando se habla del tema que nos ocupa: el carácter voluntario de las actividades o prestaciones susceptibles de encuadrarse en el ámbito de la RSC. Dicho de otra manera, cuando una empresa detrae de sus beneficios una cierta cantidad para dedicarla al mecenazgo cultural, a la protección del medio ambiente o a la organización de una guardería infantil para los hijos de sus empleados, por ejemplo, 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.

El objetivo del presente trabajo reside, precisamente, en señalar la

inexactitud de las anteriores premisas. La RSC es, como habrá ocasión de ver, 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. A tal fin, y tras una serie de consideraciones generales, concentraremos nuestra atención en dos aspectos significativos de la indicada materia jurídica: el *derecho de sociedades*, pues, al fin y al cabo, la mayor parte de las empresas se organizan jurídicamente como sociedades (en esencia, anónimas y de responsabilidad limitada), y el actualmente llamado *derecho del mercado*, ya que la realización de actividades propias de RSC es susceptible de producir efectos en los diferentes sectores jurídicos reguladores del mercado (sobre todo, el derecho de la competencia, al que limitaremos nuestro análisis). La presente aportación, que se mueve en el ámbito del derecho español, en cuyo seno adquieren sentido las afirmaciones que se vayan a efectuar, no pretende, por lo demás, ser exhaustiva; ya ha quedado claro que la perspectiva elegida es la mercantil y, dentro de ella, las reflexiones subsiguientes sólo aspiran a plantear las cuestiones básicas en la materia. Quede para un trabajo de mayor alcance la necesaria discusión de muchos aspectos aquí meramente esbozados.

II. LA RSC ANTE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. La voluntariedad de las actividades propias de la RSC

Como ha habido ya ocasión de indicar, el argumento más relevante para señalar la ajenidad de la RSC respecto del derecho se de-

duce del carácter voluntario de su realización. Que una empresa lleve a cabo un conjunto de actividades o prestaciones propias de la RSC se suele explicar, básicamente, por su libre voluntad de hacerlo, sin que tal cosa se deduzca de o se imponga por una norma legal. Así, 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. Si lo es, no podrá prosperar la acción judicial de impugnación del acuerdo que, en su caso, pueda interponer el socio disconforme (véanse, en tal sentido, los artículos 115 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas); de no serlo, en cambio, la acción será presumiblemente acogida por el juez, declarando, por regla general, la invalidez (por anulabilidad, según creemos) del mencionado acuerdo (3). En todo caso, el hecho de que la medida susceptible de calificarse como actividad de RSC se haya adoptado, en nuestro ejemplo, de manera voluntaria no la convierte en una realidad metajurídica, según acabamos de manifestar.

Con todo, la idea de la voluntariedad de la RSC, el hecho de que su realización dependa, en última

y exclusiva instancia, de la libre decisión de la propia empresa, está muy arraigada en la literatura doctrinal predominante y, en sentido amplio, en el mundo empresarial. No es del todo seguro, sin embargo, que semejante criterio sea plenamente exacto, aun conservando un punto de partida correcto. Y ello por dos razones: una, de orden genérico, referida a la posibilidad de que el fenómeno de la RSC entre en el campo del derecho por la vía, aparentemente secundaria, de la costumbre; otra, de carácter particular, derivada de la posible vinculación que para la empresa pueda deducirse del anuncio público de llevar a cabo medidas concretas de responsabilidad social corporativa.

La primera razón, ciertamente compleja y de difícil resolución en el marco de nuestro trabajo, nos obliga a considerar si en la actualidad la realización de actividades de RSC se ha convertido en una auténtica *costumbre* desde el punto de vista jurídico; es decir, si se dan los dos elementos requeridos por la doctrina jurídica para apreciar la existencia de una costumbre y, por lo tanto, para saber si un determinado extremo es vinculante para la sociedad (4). Dichos elementos, como es sabido, consisten en la repetición efectiva de una conducta en la práctica social, por un lado, y en la conciencia de que tal conducta vale como norma jurídica (*opinio iuris*), por otro. Que la RSC, en sus muy diversas manifestaciones, es hoy una conducta socialmente repetida en nuestro país y en muchos otros (quizás en ellos todavía con más frecuencia) parece algo evidente. No lo resulta tanto que, al realizar esa conducta, las correspondientes empresas obren respondiendo a un imperativo jurídico. Para desmentir este segundo elemento, sin embargo, no bastaría con reiterar el carácter voluntario

de la realización de las actividades de la RSC por las empresas; pues, al fin y al cabo, la posible vinculación para los ciudadanos de determinadas conductas no puede basarse en su particular voluntad o en sus concretas creencias de «no sentirse obligados». Con todo, no puede afirmarse con seguridad que, en estos momentos, exista la conciencia en nuestra sociedad de que la RSC es un elemento obligatorio para las empresas derivado de la formación de una costumbre al respecto. Ello no excluye, sin embargo, que en el futuro pueda llegar a serlo, siempre, eso sí, con la relativa imprecisión que acompaña a esta fuente del derecho a la hora de precisar el contenido de la conducta obligada.

Por lo que se refiere a la segunda razón, es oportuno señalar que las declaraciones públicas en torno a una futura conducta del declarante no son, en modo alguno, irrelevantes ni se pueden hacer como mero *flatus vocis*. Si, desde hace bastantes años, los anuncios públicos en torno a calidades y precios de los productos anunciados han de considerarse jurídicamente vinculantes para los proponentes —antes de que el derecho del consumo viniera a sancionar legalmente tal afirmación— (5), no parece que las alegaciones en torno a la realización de un programa de actividades de RSC por una determinada empresa hayan de merecer distinta suerte. Puede citarse, en tal sentido, un fallo reciente (26 de junio de 2003) del Tribunal Supremo de Estados Unidos, conforme al cual resulta posible sostener que la adopción y desarrollo de un programa de RSC es susceptible de convertirse, a través de anuncios informativos y publicitarios, en fuente de concretas obligaciones para las empresas correspondientes.

Sin entrar en los detalles del pleito, conectados, en buena medida, con las particularidades de la realidad jurídica y social de Estados Unidos, es posible afirmar que las indicaciones difundidas públicamente por las empresas en torno a sus actividades de RSC pueden llegar a ser consideradas partes integrantes de un «discurso comercial» (*commercial speech*), sometándose, por tanto, a los rigurosos requisitos de veracidad pertinentes en tal caso. De ser inciertas o falsas tales indicaciones, se deducirán para la empresa en cuestión las oportunas consecuencias en el terreno de la responsabilidad (6). Desde nuestra propia perspectiva, el asunto resuelto por el Tribunal Supremo norteamericano es susceptible de ser considerado, en el marco de la teoría general de las obligaciones, como un ejemplo más del establecimiento de una concreta obligación por la voluntad unilateral de un determinado sujeto. Es decir, en conclusión, que hay, sí, voluntariedad en la decisión de llevar a cabo una actividad de RSC, pero su concreta formulación y el anuncio público de su posible contenido resultarán vinculantes para su autor, al integrarse en un «discurso comercial» sometido a rigurosos patrones de veracidad.

Si se llegara a generalizar, no obstante, entre jueces y tribunales la doctrina que acabamos de reseñar, no sería descabellado suponer un relativo «enfriamiento» del interés relativo a la realización de prácticas de RSC. No obstante, quizás esta tendencia no llegue a confirmarse a la vista de la «popularidad» de que disfruta en nuestros días 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. Tal vez pueda servir la doctrina reseñada para combatir el propósito de al-

gunos gobiernos (incluido, en principio, el español) de regular legalmente el fenómeno que nos ocupa. Y ello por pensar, sin duda con fundamento, que siempre será menos lesivo para la autonomía de las empresas a la hora de ordenar su gestión un fallo judicial, por incisivo que parezca, que una norma legislativa, por laxa o genérica que pueda mostrarse en su formulación textual (7).

2. La autorregulación: los códigos privados sobre RSC

Íntimamente conectada a las reflexiones anteriores se nos aparece la temática, hoy bien actual, del posible carácter vinculante de los llamados «códigos», de carácter privado, sobre RSC. Quizá a imitación de las reglas sobre *corporate governance*, habitualmente recogidas en recopilaciones merecedoras del mismo calificativo (8), constituye en nuestros días una tendencia habitual la de integrar una serie de prescripciones sobre el fenómeno que nos ocupa en textos codificados, cuyo exacto valor jurídico, si alguno tuvieran, se discute. Para aclarar, en la medida de lo posible, este asunto conviene recordar que los códigos sobre ética de la empresa o sobre los diversos aspectos de RSC son, en principio, un conjunto de reglas adoptadas por los propios interesados y que, por tanto, pueden insertarse en el amplio campo de lo que conocemos con el nombre de *autorregulación*. Nos encontramos así ante un ejemplo más de la secular tendencia a ordenar autónomamente aspectos concretos de la vida del ser humano en sociedad, cuyo reconocimiento y cuya eficacia están, en principio, fuera de duda en una sociedad basada en la libertad del hombre, visto como un ser autónomo y responsable (9).

Sobre la base de lo dicho hasta ahora, puede considerarse opinión dominante, por no decir unánime, la que considera no vinculantes las prescripciones contenidas en los «códigos» sobre RSC (10). Es decir, 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 —ya sea de un individuo, ya sea de un conjunto de ellos, o de personas jurídicas—, sólo vincularán a sus autores y a quienes decidan, libre y voluntariamente, asumirlas. Esta conclusión, tan nítida como genérica, ¿significa que los mencionados códigos carecen de todo valor jurídico, que son unas meras recomendaciones, cuando no puras sugerencias, sin contenido prescriptivo, cuya aplicación queda al libre albedrío de los ciudadanos?

Este interrogante, más propio de un debate sobre teoría general del derecho que de un trabajo de pretensiones más concretas, no puede ser resuelto, obviamente, de una vez por todas. Cabe señalar, no obstante, que, por una parte, los mencionados códigos —al igual que los códigos de buen gobierno propios del movimiento sobre *corporate governance*— se sitúan en la estela de lo que, desde hace algunos años, se viene llamando *soft law*, de tan significativa incidencia en el derecho internacional y también, a escala regional, en el derecho de la Unión Europea. El conjunto de reglas agrupadas bajo tal denominación no aspira a lograr una vinculación plena de la conducta humana, al modo de la norma jurídica debidamente promulgada por quien dispone de poder de creación normativa. Se pretende con ellas introducir pautas o *standards* 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. Y ello vale tanto para ciudadanos como para empresas, e incluso para instituciones y organizaciones internacionales. El ejemplo de las recomendaciones de la Comisión Europea en el marco del derecho *anti-trust* es bien ilustrativo al respecto (11).

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, según ya sabemos. 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 (12), lo que significa, desde luego, una ayuda para la interpretación de las normas, pero, a la vez, una forma de integrar un régimen jurídico incompleto o insuficiente.

A tenor de lo que antecede, cabe hablar, por tanto, de un «efecto indirecto» de los mencionados códigos (13), convocados aquí por los jueces como elementos coadyuvantes a la tarea de interpretar (y, como acabamos de decir, de integrar) las normas jurídicas, cuestión ésta de la mayor trascendencia para el funcionamiento de la empresa. Algo similar resulta posible decir respecto de los códigos sobre RSC, cuyo contenido puede contribuir a precisar algunas magnitudes normativas de gran significación para el mundo empresarial; así sucede, como tendremos ocasión de ver, con la noción de «interés social», tan relevante en el derecho de sociedades. No cabe desdeñar, a su vez, la trascendencia que pueda tener para la reputación de la empresa en el mercado el cumplimiento, desde luego voluntario, de las reglas de un determinado código sobre RSC o, cuando menos, de sus reglas más relevantes. Y todo ello en el marco de una política de información al mercado y a la sociedad de su particular forma de entender y realizar determinadas actividades propias de la RSC. Puede concluirse, por lo expuesto, afirmando la posibilidad de lograr un «efecto indirecto» de los códigos sobre RSC, hasta el punto de que, quizás en un futuro cercano, se vean compelidas las empresas a cumplir sus reglas o, de lo contrario, a explicar las razones por las que no han observado lo dispuesto en ellas; una suerte de *comply or explain*, trasladada desde el *corporate governance* a la RSC (14).

III. LA RSC Y EL DERECHO DE SOCIEDADES

Uno de los sectores del derecho mercantil donde la RSC puede producir consecuencias significativas es, como ya se ha señalado,

el *derecho de sociedades*. Este sector (15), de extraordinaria trascendencia para la actividad de empresa, predispone diversas formas jurídicas de organización de su titularidad, cuya elección por los agentes económicos es libre, salvo excepciones concretas. En nuestros días, tanto dentro como fuera de España, esa opción se proyecta de forma mayoritaria, como es bien sabido, hacia los tipos mercantiles de sociedad (esencialmente, sociedad anónima y de responsabilidad limitada), sobre todo por excluir la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad, que se configura, de este modo, como una persona jurídica autónoma, con su propia organización y patrimonio. Aunque el fenómeno de la RSC se ha solido predicar respecto de las grandes empresas, constituidas habitualmente en forma de sociedad anónima, no parece conveniente prescindir de las sociedades limitadas, por su extraordinaria difusión en la práctica empresarial española y porque la tendencia actual extiende la realización de actividades de RSC a todo tipo de empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, e incluso a organizaciones ajenas, en principio, al mundo empresarial (16).

A la hora de concretar el posible relieve de la RSC para las sociedades mercantiles mencionadas, hemos de referirnos necesariamente al concepto de «interés social». Aunque las vigentes normas sobre las sociedades anónimas —Ley de Sociedades Anónimas (LSA) de 1989— y sobre las sociedades de responsabilidad limitada —Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) de 1995— (17) no perfilan con la exactitud necesaria el contenido de dicha expresión, podemos decir que, en términos generales, la actividad de dichas sociedades y el comportamiento de sus órganos (Junta General y

administradores) ha de orientarse a su mejor realización. Dicho de otra manera, un acuerdo de la Junta General de socios que sea contrario al interés social permitirá al socio disconforme impugnar su validez ante los tribunales; un acto o acuerdo de los administradores que lesione el interés social abrirá el camino hacia su cese y permitirá, desde luego, la exigencia de responsabilidad por los daños que cause a la sociedad, sus socios y acreedores. Vistas las cosas desde este punto, la necesidad de clarificar el contenido de la expresión «interés social» resulta imperiosa, y el tradicional silencio del legislador, sólo en parte corregido para la sociedad anónima en los últimos años, ha debido de ser suplido por la doctrina jurídica.

A tenor de las opiniones más consolidadas, cabe entender el interés social (18) desde dos perspectivas distintas: la primera, denominada *contractual*, afirma que el objetivo de la sociedad ha de concentrarse en la satisfacción de los intereses de sus socios; sobre esta base, suele definirse el interés social como el «interés común de los socios». La segunda perspectiva, denominada *institucional*, integra en el funcionamiento de la sociedad a otros sujetos, además de los socios; entre ellos podemos mencionar, como más relevantes, a los trabajadores, sin perjuicio de que se contemple también la posición jurídica de otros sujetos «interesados» (*stakeholders*), como proveedores y consumidores, pudiendo considerarse incluso al interés colectivo o general de la comunidad o territorio en la que se asiente la sociedad.

La visión contractualista del interés social se resume, por ello, en la obtención de ganancias y su reparto entre los socios, sobre la base de una finalidad naturalmente lucrativa de la sociedad. En la for-

mulación predominante del *corporate governance* se resume esta orientación en la idea de «creación de valor para el accionista» (*shareholder value*), cuya satisfacción constituye, en suma, la razón de ser del funcionamiento de la sociedad (19). Por su parte, la visión institucional trasciende el marco estricto de la sociedad y los intereses pecuniarios de sus socios, con el fin de integrar otros intereses y valores vinculados con la empresa social. De este modo, no pueden ser el reparto de beneficios y la creación de valor para el accionista los únicos fines de la sociedad; la existencia de un interés de la empresa y la consideración de los objetivos de otros interesados pasan a ocupar, así, un plano relevante a la hora de determinar el contenido de la actuación de los órganos sociales (20).

A la luz de esta sumaria caracterización, no ha de entenderse inexorablemente que la RSC implique, de manera necesaria, la comprensión institucional del interés social. Nada impide que, en un ordenamiento jurídico donde prime la visión contractualista de dicha magnitud, una sociedad mercantil concreta decida, a través de sus órganos competentes, asignar una parte de su beneficio a la realización de tareas concretas de RSC. Es cierto, no obstante, que el posible acuerdo, en tal sentido, de la Junta General podrá ser impugnado por un socio disconforme sobre la base de la supuesta violación del interés social, cabiendo la lógica posibilidad de que el juez lo anule. Resulta claro entonces que una sociedad mercantil podrá llevar a cabo actuaciones propias de la RSC con mayor comodidad en el marco de una comprensión institucional de su interés.

No debe olvidarse, sin embargo, que muchos relevantes comportamientos en el tema que nos

ocupa se producen en un contexto de predominio de la visión contractualista del interés social (21), sin que ello traiga consigo necesariamente impugnaciones judiciales; al fin y al cabo, resulta posible pensar que, de este modo, se mejora la reputación de la sociedad y se contribuye, siquiera sea de manera indirecta, a la creación de valor para el accionista y al incremento, en última instancia, de la participación de los socios en el beneficio de la sociedad (22). Aun siendo, por ello, de extraordinaria importancia para el tema que nos ocupa la concreta concepción que un ordenamiento jurídico mantenga respecto del contenido del interés social, no puede ignorarse la extraordinaria fluidez de este tipo de procesos y la relatividad con la que, en el mundo económico, han de situarse determinados conceptos, más bien, en muchas ocasiones, tipos ideales antes que realidades concretamente operativas.

Por lo que al *derecho español* se refiere, ha sido común en la doctrina durante muchos años la afirmación de que nuestro ordenamiento patrocinaba una visión contractualista del interés social (23). Y ello no sólo por el ánimo de lucro que el viejo Código de Comercio consideraba elemento necesario del contrato de sociedad mercantil (art. 116); al no contemplar nuestro legislador a otros sujetos distintos de los socios a la hora de formar la voluntad esencial de la sociedad mercantil, parecía obligado concluir en el predominio de sus intereses, centrados en la mayor participación posible en beneficios, como objetivo directo de la actuación de los órganos sociales. No han faltado, sin embargo, en el largo y accidentado desarrollo de nuestro derecho de sociedades desde el Código de Comercio hasta nuestros días, matices importantes y signi-

ficativos que permitían alterar, al menos parcialmente, esta visión tan simple del universo propio de las sociedades mercantiles. Por un lado, la comprensión de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada como entidades mercantiles «por razón de la forma» jurídica adoptada (art. 3 LSA y art. 3 LSRL) hacía posible, al menos en teoría, integrar en su ámbito la realización de cualquier objetivo aunque no fuera de carácter lucrativo; por otro, las tendencias institucionalizadoras de la empresa, tan significativas en décadas pasadas, y que trajeron consigo un mayor protagonismo de intereses ajenos a los socios, como los de los trabajadores (a través, en algunos países, de la cogestión laboral) y, más recientemente, de los consumidores, o incluso del medio ambiente, constituyeron un poderoso acicate para proponer una visión institucionalista del interés social (24).

Sin que nuestro derecho haya dado carta de naturaleza a estas tendencias institucionalizadoras y pluralistas, hemos llegado, en fechas bien recientes, a una vuelta, siquiera más radical, a la visión contractualista del interés social, al menos en sus efectos finales, de la mano del *corporate governance* y de las tendencias encaminadas a realzar el papel de la libertad contractual en la configuración del régimen jurídico de las sociedades, en perjuicio de las normas dictadas por el legislador (25). Tales planteamientos no han supuesto, sin embargo, el oscurecimiento de la RSC, materia que se ha visto realzada, quizá, por los escándalos empresariales ocurridos en los últimos tiempos, que han terminado por favorecer una visión más templada del tema que ahora nos ocupa (26). Cabría decir, así, que la tendencia mayoritaria en la actualidad huye de dogmatismos y parece animada por

un claro propósito de excluir modelos radicales; en esa visión moderada, el interés social no puede ser definido por el solo objetivo de la creación de valor para el accionista, ni este propósito puede, a su vez, ser escamoteado al servicio de intereses heterogéneos y no determinantes en el funcionamiento de la empresa (27). En resumen, sí a una amplia libertad contractual, pero en el marco de una regulación adecuada y suficiente; a la vez, carácter central de la creación de valor para el accionista, acompañada de la debida consideración de otros intereses en el marco de una visión amplia de la empresa (28). En esta visión, que podríamos calificar de moderadamente «pluralista», de 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 (29), y que luego ha trascendido a algunos ordenamientos jurídicos —no demasiados (30)—, así como a textos y recomendaciones inscritos en el denominado *soft law* (31). 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 sólo de las cotizadas), a fin de hacer más riguroso y nítido su particular

estatuto jurídico. Dicha Ley, como es bien sabido, se inspira en el Informe Aldama, que constituye, en esencia, la forma de reaccionar del legislador español ante los recientes escándalos empresariales, por fortuna ajenos a nuestra realidad económica. Pero ha de señalarse, de igual modo, que la indicada ley de transparencia ha introducido en la LSA una particular mención del interés social que, por su singularidad, constituye un cambio significativo en el panorama español del derecho de sociedades. Dice ahora el artículo 127 bis LSA que «los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad».

La aparente simplicidad de la formulación legislativa, que roza la tautología, merece alguna consideración, dada la trascendencia que está llamada a tener. Para averiguar el sentido de expresión tan poco clara, en principio, resulta oportuno, como se ha hecho en nuestra doctrina, comparar la expresión definitiva del precepto con la que se contenía en el proyecto de ley de transparencia remitido por el Gobierno al Parlamento. En dicho texto se definía el interés social como el «interés común de los socios». La versión final del texto legislativo, que resulta, por tanto, de obligada observancia, modificó tal enunciado, identificable con una concepción contractualista del interés social, en el sentido que ya conocemos. Aunque la fórmula última no se caracteriza precisamente por su claridad y transparencia, es posible pensar que nos encontramos ante un enunciado menos contractualista o, si se quiere, más institucional. Resulta nítido, a nuestro juicio, que el legislador ha optado por una fórmula abierta y no unívoca, que permite incluir en el interés social, enten-

dido como «interés de la sociedad», otros objetivos y propósitos distintos de la creación de valor para el accionista (32).

A tal efecto, cabe pensar, por tanto, en el llamado interés de la empresa, en la posición jurídica de los trabajadores, así como en otros interesados (*stakeholders*). Y todo ello, desde luego, en el marco de los deberes específicos de los administradores de una sociedad anónima a la hora de realizar el interés social. Queda claro, por tanto, que los administradores, en el ejercicio de sus funciones, podrán incluir otras perspectivas e intereses, junto a, o al lado, de la maximización del beneficio social, como tradicional objetivo prioritario, preocupado en exclusiva por el incremento de la retribución al accionista (33). Entendemos, de este modo, que con la vigente formulación del art. 127 bis 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.

Estas reflexiones, en todo caso, van referidas a la sociedad anónima, respecto de la cual ha tomado expresa posición el legislador a la hora de precisar qué deba entenderse por interés social. Queda por tratar ahora el significado de la cuestión respecto de la sociedad de responsabilidad limitada, cuya ley reguladora no fue modificada por la ley de transparencia y que, por tanto, no dispone de una referencia expresa en torno al contenido del interés social. El problema no ha mereci-

do la atención de la doctrina española, no obstante su considerable significación práctica, dada la abundante presencia de sociedades de dicho tipo en la realidad empresarial española. Esta ausencia de tratamiento doctrinal puede quizá deberse a la suposición de que la RSC es un elemento propio de la circunstancia de las grandes empresas, casi siempre organizadas en forma de sociedad anónima. Ahora bien, también las empresas de menor dimensión, organizadas habitualmente como sociedades de responsabilidad limitada, muestran problemas singulares de *corporate governance* y, asimismo, son perfectamente idóneas para realizar actividades de responsabilidad social corporativa.

Se impone, por ello, determinar el significado que deba atribuirse al interés social en el marco de la sociedad de responsabilidad limitada. A nuestro juicio, la cuestión ha de resolverse del mismo modo que acabamos de ver respecto de la sociedad anónima. Y ello, desde luego, por el propósito de buscar una sustancial coherencia en el seno del derecho de sociedades español dentro de una temática que ha de merecer, por su también sustancial identidad, un tratamiento unitario. Conviene recordar, además, que el art. 127 bis LSA es una norma aplicable a todas las sociedades anónimas, y no sólo a las cotizadas, aunque quizá el Informe Aldama y otros documentos y opiniones contemporáneos a su elaboración intentaran restringir a estas últimas la validez de sus propuestas. Muchas sociedades que en España asumen la forma anónima no son, ciertamente, grandes empresas, pues entre nosotros, como es bien sabido, no hay una correlación tipológica estricta entre dimensión de la empresa y forma jurídica de sociedad mercantil elegida (34).

Es cierto que las grandes empresas casi siempre suelen ser sociedades anónimas, pero no todas las sociedades anónimas son titulares de grandes empresas. Por tal razón, y a fin de evitar un diverso tratamiento jurídico entre empresas de idéntico significado económico, con independencia del tipo de sociedad elegido por ellas, entendemos que procede extender la disciplina normativa sobre el interés social en la LSA a las sociedades de responsabilidad limitada (35).

IV. LA RSC Y EL DERECHO DEL MERCADO

1. Consideraciones generales

La segunda gran vertiente del derecho mercantil en la que puede resultar operativa la RSC viene constituida por lo que se suele denominar «derecho del mercado», materia que comprende, en esencia, la regulación jurídica de la competencia, la propiedad industrial (sobre todo, los signos distintivos) y la publicidad comercial (36). En este caso, el relieve jurídico de la RSC no puede analizarse, como sucedía en el derecho de sociedades, al hilo de los principios rectores de determinadas personas jurídicas; se trata, más bien, del papel que la empresa socialmente responsable puede llegar a jugar, en cuanto tal, en el mercado, con independencia de su configuración jurídica. Y es que no es dable ignorar, por obvias razones de carácter práctico, la repercusión que puede tener en la reputación de la empresa que ésta realice un programa de actividades de responsabilidad social corporativa.

En el ámbito del mercado, el planteamiento expuesto viene a resumirse en una idea clave: 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 (37). Hablamos, por tanto, de un elemento que tiende a mejorar la competitividad de la empresa y que, a la vez, ayuda a perfilar posibles 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. Aunque todos estos aspectos revisten el mayor interés (38), en el presente trabajo nos limitaremos a efectuar algunas consideraciones alrededor del derecho de la competencia en su doble vertiente de defensa de la competencia (normas *anti-trust*) y de represión de la competencia desleal (39), por ser quizás el ámbito que mejor refleje la repercusión de la RSC en la realidad jurídica del mercado.

2. El derecho de defensa de la competencia

Como es bien sabido, el objetivo central de este sector del derecho de la competencia es el de tutelar directamente al mercado, así como a los consumidores (40) en cuanto sujetos directamente afectados por las conductas restrictivas de la competencia. Esta finalidad general del sector normativo que nos ocupa puede servir para rebajar, o incluso superar, algunos aspectos propios de la

RSC de dudosa, quizá, compatibilidad con los propósitos específicos del derecho *anti-trust*. Así puede suceder, por ejemplo, con la exigencia de certificaciones sociales o medioambientales a las empresas para el acceso a determinados mercados, pues se podrían generar, de este modo, barreras de entrada al mercado (41). No es imposible, del mismo modo, que la aplicación consecuente de determinados objetivos propios de la RSC pueda dar lugar, por vía de prácticas colusorias o de abuso de posición dominante, a conductas restrictivas de la competencia. Éste sería el caso, por ejemplo, del supuesto contemplado en el art. 1, 1º d) de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), conforme al cual se califica como conducta prohibida «la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros».

Que la referida práctica surja del acuerdo entre las empresas o de una decisión o recomendación colectiva de una entidad que las agrupe es, en principio, indiferente; el supuesto de hecho descrito en la norma quedará cumplido si se acuerda, de un modo u otro, la aplicación de criterios diversos a la prestación efectuada por proveedores de las empresas, con independencia de la calidad del producto servido y de las condiciones comerciales pactadas, en función del respeto por los indicados proveedores a los programas de RSC establecidos por las empresas. Sin perjuicio, no obstante, del carácter restrictivo de la competencia que puedan tener tales acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, resultará factible, a nuestro juicio, superar ese juicio de ilicitud *anti-trust* merced a una autorización singular

del Tribunal de Defensa de la Competencia, a la vista del cumplimiento de los requisitos establecidos, con carácter general, en el art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Más difícil parece la resolución del problema cuando la restricción de la competencia a la que acabamos de aludir se deduzca de la explotación abusiva, por una o varias empresas, de su posición de dominio en el mercado o de la situación de dependencia económica en que se encuentren sus clientes o proveedores (art. 6 LDC, en relación con su apartado 2, d). Como es bien sabido, el abuso de posición dominante no puede ser exceptuado, y no cabe, por consiguiente, autorización de las conductas restrictivas de la competencia derivadas del mismo. Es cierto, sin duda, que este supuesto puede darse más raramente que el anteriormente previsto, si bien no parece del todo descartable. Al margen de la quizá posible promulgación, en el futuro, de alguna norma legal sobre el tema que nos ocupa, que permitiría, entre otras cosas, encauzar la realización de actividades de RSC con plena seguridad jurídica en el terreno *anti-trust*, parece conveniente que la empresa o empresas en posición de dominio difundan públicamente las características concretas de su política de RSC, incluyendo las referencias oportunas al respecto, por ejemplo, en los documentos que suscriban con sus proveedores o clientes a la hora de formalizar sus concretos vínculos comerciales. Además de hacer notoria su pretensión de convertirse en «empresa socialmente responsable», con las conocidas consecuencias para su reputación, de este modo podrán los proveedores o clientes «saber a qué atenerse», evitándose, así, reclamaciones por discriminación comercial.

3. El derecho represor de la competencia desleal

En este ámbito (42), la realización de actividades de RSC y la reputación que, en su caso, haya podido adquirir una determinada empresa son circunstancias susceptibles de dar lugar a la comisión de actos desleales. Tal cosa sucederá, desde luego, cuando algunos operadores económicos intenten aprovecharse de esa reputación mediante, por ejemplo, actos de imitación —art. 11 de la Ley de Competencia Desleal (LCD)— o actos de explotación de la reputación ajena (art. 12 LCD). Desde el lado de quien disfruta de ese plus de reputación debido a la realización de actividades de RSC, podría concebirse también la comisión de actos desleales, concretados, por ejemplo, en actos de denigración (art. 9 LCD) o de comparación (art. 10 LCD). En una rápida aproximación a este asunto, cuya trascendencia requiere un estudio más detenido, podemos contemplar, a manera de síntesis, una serie de supuestos que pasamos a enumerar a continuación.

Por un lado, la empresa supuestamente responsable puede difundir mensajes sobre la actividad de alguno o varios competidores, poniendo de manifiesto la realización por ella de actividades de RSC y su omisión por los demás. Los mensajes en cuestión pueden limitarse a señalar simplemente la indicada omisión o, en otras ocasiones, referirse a extremos más concretos que señalen, por ejemplo, el aprovechamiento por ciertas empresas del trabajo o las condiciones sociales de determinados colectivos situados en posición subordinada, menesterosa o discriminada. Es claro que estas manifestaciones, por su propia naturaleza, son susceptibles de menoscabar la reputación en el mercado de los com-

petidores aludidos, pero pueden no ser desleales si resultan, como señala el art. 9 LCD, «exactas, verdaderas y pertinentes». No parece, por lo demás, que pueda desvirtuarse el referido argumento entendiendo que las manifestaciones sobre la omisión de prácticas de RSC por otros competidores, o su comportamiento poco congruente con las prácticas socialmente responsables, no son procedentes por referirse a las «creencias o ideología» del afectado (art. 9 *in fine* de la Ley de Competencia Desleal).

Por otro lado, los actos de comparación, dentro del tema que nos ocupa, intentarán poner de manifiesto, por ejemplo, la mayor calidad, la más relevante cantidad de recursos utilizados al respecto, u otras circunstancias supuestamente ventajosas, de un programa de RSC llevado a cabo por una determinada empresa, frente a los programas, en su caso, de otro u otros competidores. La comparación, como es sabido, se considera desleal (43) siempre que no se refiera a extremos análogos, relevantes o comprobables relativos a la «actividad, las prestaciones o el establecimiento» propios o ajenos respecto de los de un de tercero (art. 10, 1º LCD). Por tal razón, cabe entender que la comparación de actividades o programas de RSC será plenamente lícita si cumple las condiciones reseñadas, por afectar, en nuestro criterio, a la actividad, entendida en sentido lato, de la empresa que compara respecto de las empresas competidoras con las que se efectúa la comparación.

A la hora de estudiar los medios de defensa frente a actos desleales, parece interesante destacar, a propósito del relieve que, a tal efecto, tenga la RSC, la amplia legitimación activa que se establece en el art. 19 LCD respecto

del ejercicio de las acciones reconocidas legalmente. De acuerdo con el modelo social recogido en la ley, la represión de los actos desleales no es una tarea que interese solamente al sujeto afectado por éstos, sino que, en cuanto instrumento de tutela del mercado, resulta conveniente permitir a otros sujetos, entidades o corporaciones el ejercicio de algunas acciones básicas para restablecer el orden concurrencial deteriorado por la deslealtad. Para defender la vigencia práctica de un programa de RSC afectado por un acto desleal, del tipo que sea, estarán legitimadas, por tanto, las asociaciones de defensa del consumidor u otras entidades, corporaciones profesionales o representativas, cuando el acto desleal afecte a los intereses de sus miembros. No se contempla, sin embargo, una suerte de legitimación universal que, por ejemplo, permita a organizaciones no gubernamentales, tan activas en la defensa de los programas de RSC, el ejercicio de algunas de estas acciones.

V. CONCLUSIONES

1. En el estudio de la RSC —un elemento consustancial a la realidad de la empresa de nuestros días— ha faltado la perspectiva jurídica, que parece necesario considerar tanto desde una vertiente genérica como desde el plano específico del derecho mercantil en cuanto sector del ordenamiento relativo a la regulación jurídica de la actividad de empresa en el mercado.

2. La realización de actividades propias de RSC es el resultado, en principio, de una decisión voluntaria de la empresa no condicionada por el derecho. Sin embargo, no parece imposible que, en un próximo futuro, se pueda hablar de una auténtica costum-

bre en la materia si se llega a formar una convicción generalizada en torno a su obligatoriedad. El primer elemento de toda costumbre como fuente del derecho —la repetición en la práctica social de las actividades propias de la RSC— es hoy claramente perceptible.

3. Los llamados «códigos» sobre RSC no constituyen auténticas normas jurídicas vinculantes, sino que se inscriben, por regla general, en el llamado *soft law*. Resultan obligatorios para sus autores y para quienes los asuman como propios; pueden contribuir además, como sucede con los «códigos» de buen gobierno, a facilitar la interpretación e integración de las normas jurídicas afectadas por la realización de actividades de responsabilidad social corporativa.

4. Desde el punto de vista del derecho de sociedades, es fundamental precisar el contenido de la noción de «interés social» a fin de averiguar la compatibilidad, en su caso, de la realización de actividades de RSC con los fines u objetivos propios de la sociedad mercantil condensados, precisamente, en el referido concepto.

5. 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 art. 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.

6. La realización de actividades de RSC es susceptible de incidir en el derecho del mercado en cuanto conjunto de reglas destinadas a su organización y a la ordenación de la actividad de los sujetos que en él intervienen. En particular, se verá afectada la fama o reputación del operador económico que lleve a cabo la RSC, siendo relevantes a tal efecto las diversas vertientes del derecho del mercado.

7. No es posible desconocer que, en determinados casos, la realización de actividades de RSC puede producir restricciones a la competencia. Nada impide, en todo caso, que dichas restricciones puedan ser autorizadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia y que, de igual modo, convenga a la empresa en cuestión anunciarlas públicamente a fin de que los restantes sujetos del mercado (competidores y consumidores) puedan tomar noticia de ellas.

8. La realización de actividades de RSC, en fin, puede dar lugar a la comisión de actos desleales, tanto por parte de quien no las lleve a cabo, intentado beneficiarse del prestigio o reputación de su autor, como por parte de este último, incurriendo en supuestos de denigración o comparación desleales.

NOTAS

(1) Y ello a pesar de que, en algunos países, como Estados Unidos, es habitual incluir en los manuales sobre *Business Law* un capítulo relativo a los aspectos éticos de la empresa y, en particular, a la responsabilidad social corporativa. Al respecto, véanse, entre otros: ANDERSON, R., FOX, I., TWOMEY, D. y JENNINGS, M. (1999), *Business Law and the Legal Environment (Comprehensive Volume)*, 17.ª ed., West Educational Publishing Company, Cincinnati, 28-49; CHEESEMAM, H. (2004), *Business Law*:

Legal, e-commerce, Ethical and International Environments, 5.ª ed., Pearson Education, New Jersey: 148-164.

(2) En la doctrina española, véase, no obstante, ESTEBAN VELASCO, G. (2004), «Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)», en AA.VV. *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Universitat Jaume I, Castellón: 15-62; EMBID IRUJO, J. M. (2004), «La responsabilidad social corporativa ante el Derecho Mercantil», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 42: 11-42.

(3) Con más detalle sobre este asunto, EMBID IRUJO, J. M. (2004), «La responsabilidad social corporativa...», *op. cit.*: 28-30.

(4) En general, AGUILÓ LUCIA, J. (2000), *Teoría general de las fuentes del Derecho*, Ariel, Barcelona, 87.

(5) Al respecto, el ya clásico trabajo de FONT GALÁN, J. I. (1988), «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de derecho privado contra la publicidad engañosa», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 4: 16-46.

(6) Para mayores detalles sobre este asunto, TREBULLE, G. (2004), «Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression», *Revue des Sociétés*, n.º 2: 261.

(7) No debe olvidarse, sin embargo, que una norma legal sobre RSC puede contribuir, entre otras cosas, a dotar de seguridad, desde ciertas perspectivas del ordenamiento, a su concreta realización. Así puede suceder, por ejemplo, en el ámbito del derecho de defensa de la competencia (véase IV, 2).

(8) De la muy amplia bibliografía, véase BORGES, G. (2003), «Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht —zur Bindung an Corporate Governance— Kodizes», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, n.º 4: 508-540. Entre nosotros, con carácter genérico sobre corporate governance, véase ESTEBAN VELASCO, G. (1999), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid.

(9) Sobre este fenómeno, últimamente, DE LA CUESTA, J. M.ª (2004), «Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 94: 87; desde la perspectiva del derecho público, DARNACULLETA, M. (2005), *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid.

(10) En el marco de los códigos sobre buen gobierno —supuesto idéntico al que nos ocupa—, BORGES, G. (2003), «Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht...», *op. cit.*: 514, entre otros muchos.

(11) Véase el trabajo de COSMA, H. y WISH, R. (2003), «Soft law in the field of EU competition policy», *European Business Law Review*, n.º 1: 25-56.

(12) Así ha sucedido, en concreto, en el Reino Unido y Alemania; al respecto, GOULDING,

S., MILES, L. y SCHALL, A. (2005), «Judicial enforcement of extra-legal codes in UK and German company law - Including observations on OLG Schleswig Holstgein, NZG 2004, 669 (Mobilcom II) and LG München I, NZG 2004, 626 (Hypovereinsbank)», *European Company and Financial Law Review*, n.º 1: 20-62.

(13) En este sentido, GOULDING, S., MILES, L. y SCHALL, A. (2005), «Judicial enforcement of extra-legal codes...», *op. cit.*: 49.

(14) Sobre el significado de esta fórmula, entre otros, BORGES, G. (2003), «Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht...», *op. cit.*: 524.

(15) Véase al respecto ESTEBAN VELASCO, G. (2004), «Interés social...», *op. cit.*: 15. Entre nosotros, en general sobre el derecho de sociedades, GIRÓN TENA, J. (1976), *Derecho de Sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, edición del autor, Madrid; también FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (1977), *La atipicidad en derecho de sociedades*, Pórtico, Zaragoza. Goza de gran prestigio SCHMIDT, K. (2002), *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., Carl Heymanns, Colonia. Desde el punto de vista de las nuevas corrientes, de influencia americana, en el derecho de sociedades, KRAAKMAN, R., DAVIES, P., HANSMANN, H., HERTIG, G., HOPT, K., KANDA, H. y ROCK, E. (2004), *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, Oxford.

(16) En tal sentido, EMBID IRUJO, J. M. (2004), «La responsabilidad social corporativa», *op. cit.*: 18.

(17) La literatura sobre estas dos formas de sociedad mercantil es, ciertamente, muy amplia. Para el conocimiento de sus principales aspectos, nos permitimos remitir al lector a dos obras generales, ARROYO, I. y EMBID IRUJO, J. M. (coords.) (1997), *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Tecnos, Madrid; y ARROYO, I. y EMBID IRUJO, J. M. (coords.) (2001), *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Tecnos, Madrid.

(18) En la doctrina española, recientemente, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2002), «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 246: 1653; ARROYO, I. (2003), «Interés social c/ Interés de la mayoría», en VÍTOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (dirs.), *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil*, Comares, Granada, 699.

(19) En este sentido, PAZ-ARES, C. (2004), «El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 251: 7.

(20) Sintéticamente, ESTEBAN VELASCO, G. (2004), «Interés social...», *op. cit.*: 47.

(21) Véase, por ejemplo, PARKINSON, J. (1996), «The contractual theory of the company and the protection of non-shareholder interests», en FELDMAN, D. y MEISEL, F. (eds.),

Corporate Law and Commercial Law. Modern Developments, Lloyd's of London Press, Londres: 121-146.

(22) Desde una perspectiva de ética de los negocios, CORTINA, A. (comp.) (1996), *La rentabilidad de la ética para la empresa*, Visor, Madrid, 1996. No cabe ignorar, sin embargo, que la RSC, y en general el fenómeno de la ética de la empresa, puede ser utilizado como una pura cuestión de imagen o pura apariencia; en este sentido, indicando no obstante que la RSC es algo más que cosmética, BUONOCORE, V. (2004), «Etica degli affari e impresa etica», *Giurisprudenza Commerciale*, n.º 31-2: 196.

(23) Véase al respecto la clásica monografía de DUQUE, J. (1957), *Tutela de la minoría (Impugnación de acuerdos lesivos. Art. 67 LSA)*, Universidad de Valladolid, Valladolid.

(24) Es interesante para el análisis de este proceso en el marco del debate europeo, ESTEBAN VELASCO, G. (1982), *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*, Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid.

(25) Muy revelador, en esta línea, el trabajo de HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R. (2001), «The end of history for corporate law», *The Georgetown Law Journal*, n.º 98: 441.

(26) Así, por ejemplo, WESTBROOK, D. A. (2003), «Corporations law after Enron. The possibilities of a capitalist reimagination», *The Georgetown Law Journal*, n.º 92: 123. De la muy amplia literatura «post-Enron», puede verse, por ejemplo, el Symposium «Enron and the Future of US Corporate Law and Policy» (2004), *Cornell Law Review*, n.º 89: 269-552, y, dentro de él, el trabajo de COFFEE, J., «What caused Enron? A capsule social and economic history»: 269-309.

(27) En este sentido, por ejemplo, HANNIGAN, B. (2003), *Company Law*, Lexis Nexis UK, Londres: 202-214.

(28) Al respecto, VON BONIN, G. (2003), *Die Leitung der Aktiengesellschaft zwischen Shareholdervalue und Stakeholderinteressen*, Nomos, Baden-Baden, y KUHNER, C. (2004), «Unternehmensinteresse vs. Shareholdervalue als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, n.º 2: 244.

(29) En el párrafo 2.01 a) de los *Principles* se dice que «A corporation should have as its objective the conduct of business activities with a view to enhancing corporate profits and shareholder gain», pero, a renglón seguido, el párrafo 2.01 b) señala que «A corporation (2) may take into account ethical considerations that are reasonably regarded as appropriate to the responsible conduct of its business, and (3) may, but is not required, to devote a "reasonable amount of resources" to public welfare, humanitarian, educational and philanthropic purposes even if corporate profit and shareholder gain are not thereby enhanced». Últimamente, al respecto, SALACUSE, J. (2004), «Cor-

porate governance in the new century», *The Company Lawyer*, n.º 25-3: 69-83.

(30) Así, por ejemplo, en la ley de sociedades mercantiles de Israel, de 27 de mayo de 1999; al respecto, PROCACCIA, U. (2004), «The new Israeli companies law: Some theoretical highlights», *European Company and Financial Law Review*, n.º 2: 209-215.

(31) Así, por ejemplo, en el Reglamento tipo del Consejo de Administración ajustado al código de buen gobierno promovido en nuestro país por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 7).

(32) Alrededor de estos argumentos, véanse los trabajos de ESTEBAN VELASCO, G. (2004), «Interés social...», *op. cit.*: 43-53, y de EMBID IRUJO, J. M. (2004), «La responsabilidad social corporativa...», *op. cit.*: 25-26.

(33) Así, ESTEBAN VELASCO, G. (2004), «Interés social...», *op. cit.*: 47.

(34) Sigue siendo útil la consulta de MENÉNDEZ, A. (dir.) (1988), *¿Sociedad anónima o*

sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica, Civitas, Madrid.

(35) En un sentido cercano, EMBID IRUJO, J. M. (2004), «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 685: 2387-2391.

(36) Al respecto, IMMENGA, U. (2001), *El mercado y el derecho. Estudios de derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

(37) En este sentido, Asociación Española de Contabilidad y Auditoría (AECA) (2004), *Marco conceptual de la responsabilidad social corporativa*, Documentos AECA, Madrid, 26.

(38) Para más detalles, EMBID IRUJO, J. M. (2004), «La responsabilidad social corporativa...», *op. cit.*: 40-41.

(39) Últimamente, sobre estas cuestiones FONT GALÁN, J. I. y MIRANDA SERRANO, L. M.^a (2005), *Competencia desleal y anti-trust. Sistemas de ilícitos*, Marcial Pons, Madrid.

(40) Indica FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (1993), *Derecho, ética y negocios*, Universidad de Alicante, Alicante: 17, que en toda legislación *anti-trust* la exigencia de tutelar los intereses del consumidor ofrece una tenue coloración ética, si bien, a su juicio, no es ésta la más importante de sus motivaciones, orientadas, en lo esencial, a la supervivencia del mercado, la política de reestructuración industrial y la mayor eficiencia del sistema económico.

(41) En este sentido, AECA (2004), *Marco conceptual...*, *op. cit.*: 26.

(42) De la muy amplia literatura sobre la materia en España, véase, MENÉNDEZ, A. (1988), *La competencia desleal*, Civitas, Madrid; MAS-SAGUER, J. (1999), *Comentarios a la ley de competencia desleal*, Civitas, Madrid.

(43) Al respecto, TATO PLAZA, A. (1996), *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid; más recientemente, DE LA CUESTA, J. M.^a (2002), *Curso de derecho de la publicidad*, Euns, Pamplona: 197-207.