

EL FIN EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. EGOÍSMO Y ALTRUISMO, LUCRO Y SOSTENIBILIDAD. POSIBLES COMBINACIONES

THE PURPOSE OF LIMITED LIABILITY COMPANIES. SELFISHNESS AND ALTRUISM, PROFIT AND SUSTAINABILITY. POSSIBLE COMBINATIONS

Irene Navarro Frías

Contratada Doctora de Derecho Mercantil

Universidad de La Laguna

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4834-2184>

RESUMEN

La discusión sobre el propósito de las sociedades de capital ha reavivado el debate sobre cuestiones tan trascendentes para las compañías como el fin social y la vinculación de los administradores a la consecución del mismo. A algunas de estas cuestiones se dedica el presente trabajo. Entre ellas a la distinta forma en la que el altruismo puede estar presente y desempeñar, bien una función fundamental, bien una instrumental en relación con el fin lucrativo, y a la explicación del distinto régimen jurídico al que se somete cada una de estas formas. Entre otros aspectos se destaca que el auténtico altruismo, el que llamamos fundamental, solo puede ser decidido por los socios, no por los administradores.

PALABRAS CLAVE: Fin lucrativo, altruismo, sostenibilidad, discrecionalidad, *business judgment rule*, *benefit corporations*.

Cómo citar este artículo/How to cite this article: NAVARRO FRÍAS, Irene (2023): "El fin en las sociedades de capital. Egoísmo y altruismo, lucro y sostenibilidad. Posibles combinaciones", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº43, pp. 39-64. DOI: <https://doi.org/10.7203/CIRIEC-JUR.43.27196>

ABSTRACT

The discussion on the purpose of limited liability companies has rekindled the debate on such transcendental issues for companies as the corporate purpose and the link between the directors and the achievement of this purpose. This paper is devoted to some of these issues. Among them, the different forms in which altruism can be present and play either a fundamental or an instrumental role in relation to the profit-making purpose, and the explanation of the different legal regime to which each of these forms is subject. Among other aspects, it is emphasized that the authentic altruism, which we call fundamental, can only be decided by the partners, not by the directors.

KEYWORDS: Profit making, altruism, sustainability, discretionality, business judgment rule, benefit corporations.

CLAVES ECONLIT / ECONLIT DESCRIPTORS: K2, L2, L3.

EXPANDED ABSTRACT

The discussion on the purpose of limited liability companies has rekindled the debate on such transcendental questions for companies as the corporate purpose and the link between the directors and the achievement of this purpose. This paper is devoted to some of these questions.

Corporations do not want to continue to behave in an exclusively selfish manner, focused on their own profit. On the contrary, they want to contribute to common sustainability goals. At least this is what many have been saying since the 2019 Business Roundtable. When we ask ourselves whether or not a for-profit purpose can coexist with an altruistic purpose in a limited liability company, we must differentiate between two different cases. Firstly, cases in which the altruistic purpose displaces or, without displacing it, coexists with the profit-making purpose and, therefore, is not relegated to a merely secondary or accidental role. Secondly, the development of altruistic actions (or, in general, corporate social responsibility actions) as “incidental” actions within the “normal” for-profit management of the company. It is worth noting that both the first and the second possibility are admissible in our legal system and, in general, in the legal systems of our environment. However, the requirements that condition the legality of both initiatives are different.

A case of the first group, which we will call *fundamental altruism*, would be the famous Dodge vs Ford case, when Henry Ford, President of the Ford Motor Company, decided not to continue to agree on the distribution of the so-called special dividends, despite the special economic boom the company was going through, with the aim of benefiting its workers and also the consumers of its cars. In relation to the legality of this type of decision, we have pointed out that they can be adopted, but always surrounded by the corresponding guarantees. In particular, it will be necessary to provide for this altruistic purpose in the articles of association and the consent of all the partners, and not only of a majority, albeit a qualified majority, as the cause of the contract is affected. All this in the framework of our existing limited liability companies.

A different issue that is also worth considering is whether it is necessary or opportune to incorporate a type of company such as the benefit corporation or similar companies into our legal system. There are reasons to believe that this would be an advantage for our legal system, ranging from the possibility of avoiding greenwashing, to the possibility of deploying a branding effect or lowering transaction costs. It should be stressed that the Spanish legislator has joined the group of countries that have adopted the benefit corporation or similar types (benefit corporations in the USA, *società benefit* in Italy, *entreprise à mission* in France, British community interest company or *sociedad de beneficio e interés colectivo* in

Colombia). The Tenth Additional Provision of Act 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, recognises the figure of the Sociedad de Beneficio e Interés Común (SBIC), which is pending regulatory development.

In relation to the second possibility, we deal with the development of corporate social responsibility actions as “incidental” actions within the “normal” profit-making management of the company. For example, a donation policy to promote sport among children and young people in the neighbourhood where the company is based. We will call this *instrumental altruism*. In short, and without prejudice to further developments, in our opinion these actions must always be instrumental in nature, they can never be genuinely or solely altruistic, insofar as their justification comes from their being able to serve the interest of the company. While in the case of fundamental altruism its legitimacy lies in the fact that the measures are taken with the consent of the shareholders, it is the partners who decide, in the case of instrumental altruism, carried out mainly by the directors, its legitimacy derives from the connection of the measure with the company’s interest. It is true that this instrumental nature for the corporate interest will occur in the medium or long term, normally by way of improving the company’s reputation, and that at the time of taking the decision, the director (competent in principle to take these decisions, unlike in the previous case, as we have said) will have to make a prognostic judgement for which he will normally have a wide margin of discretion. However, in our opinion, it is clear that an action that is completely disconnected from the corporate interest, which cannot be justified on the basis of its instrumental link with that interest, can only be adopted with the consent of all the shareholders. This raises two further questions: when can we say that an altruistic action instrumentally serves the corporate interest?, and when should an action be considered genuinely altruistic and therefore requiring the unanimous approval of the shareholders?

Finally, in this matter of instrumental altruism and decisions taken by the directors, we insist on the difference between a rule of conduct and a rule of control. In other words, the difference between the director obligation to find the means he considers optimal to achieve the social purpose and the extent to which its decision can be controlled, which inevitably doesn’t reach so far. In an area such as the one we are studying, plagued by uncertainty, for example, about how actions aimed at favouring third parties are related to the company’s own performance, the *business judgment rule* plays a fundamental role.

All these issues are addressed in this paper.

SUMARIO¹

1. Introducción. 2. Los distintos papeles del altruismo: altruismo fundamental y altruismo instrumental. 2.1. El altruismo *fundamental* o *no instrumental*. 2.2 El altruismo *instrumental*. 3. Consideraciones finales. Bibliografía.

1. Introducción

Las sociedades de capital no quieren seguir comportándose de manera exclusivamente egoísta, enfocada hacia su propio beneficio. Al contrario, quieren contribuir a alcanzar objetivos comunes de sostenibilidad. Al menos esto es lo que muchos vienen diciendo desde la *Business Roundtable* de 2019². En aquella ocasión y en muchas otras posteriores se ha señalado que las mejores compañías, las que pretenden durar en el tiempo, no velan ni pueden velar únicamente por los intereses de sus socios sino también por sus clientes, sus empleados y las comunidades en las que se asientan. Ideas como la del *corporate purpose* han pasado a ocupar un lugar central en el debate, no solo político y económico, sino también en el de Derecho societario, volviendo a colocar en el centro de la discusión cuestiones tales como la del fin social y el *a quién* deben lealtad los administradores.

Como es sabido, la cuestión de la persecución de intereses públicos por parte de compañías privadas no es en absoluto un debate nuevo³. Por el contrario, se enmarca dentro del debate clásico en torno al fin de las sociedades y, actualmente, en torno a la responsabilidad social corporativa, la sostenibilidad o los objetivos ESG/ASG⁴, en el que se ha recordado incluso cómo en determinados momentos históricos la compañía

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación «Sostenibilidad ambiental, social y económica de la justicia. Retos de la Agenda 2030» (referencia PID2021-126145OB-I00).

2. Puede verse en <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>

3. ROCK, Edward B.: “For Whom Is the Corporation Managed in 2020? The Debate over Corporate Purpose”, *The Business Lawyer*, 76, 2021, pp. 363-395. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3589951>, p. 363 [“(o)ne of the oldest corporate law issues -For Whom Is the Corporation Managed?- has become one of the hottest public policy issues. Politicians, business leaders, judges, and law and business academics have all weighed in”].

4. En opinión de FLEISCHER, Holger: “Corporate Purpose: ein Management-Konzept und seine gesellschaftsrechtlichen Implikationen”, *ZIP*, 1, 2021, p. 6, a veces se trata de separar estos conceptos más de lo que sería necesario. En el marco de este trabajo utilizaremos estos términos, así como la referencia al altruismo corporativo, de forma indistinta.

no adquirir personalidad jurídica si no cumplía “una función de servicio público”⁵. Estas cuestiones no han dejado de latir en el Derecho de sociedades⁶ y en épocas recientes, a partir fundamentalmente de los trabajos de EDMANS y MAYER, resurge la cuestión del propósito de las sociedades, que plantea que las compañías no pueden alcanzar legitimidad social (atrás ha quedado el cuestionamiento de si tienen o no personalidad jurídica) sin tener una razón de ser más allá de su finalidad lucrativa⁷.

Si uno pretende abordar estas cuestiones, la primera pregunta que debería hacerse (aunque aquí solo la dejaremos apuntada, sin pretender darle solución) es si ese creciente interés de las grandes compañías por cuestiones que tienen que ver con el bien común es *real* o se trata más bien de un invento relacionado con el marketing. ¿Existe de verdad un propósito serio de contribuir al interés general o a intereses de grupos de terceros no socios por parte de las sociedades de capital?⁸

Analizar en profundidad esta cuestión queda fuera de los objetivos de nuestro trabajo. Sin embargo, plantearla nos sirve para dejar apuntada una idea que se convertirá en uno de nuestros puntos de partida: el necesario deslinde y separación entre el Derecho y la moral. En este sentido, y aunque desde nuestras personales convicciones morales es *mejor* el empresario auténticamente preocupado y consciente de

5. FLEISCHER, Holger: “Corporate Purpose...”, cit., p. 7.

6. V. los repases históricos de GONDRA, José María: “100 Años de debate sobre el «gobierno corporativo»: La importancia del contexto”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 52, 2018, *passim*; RECALDE, Andrés: “La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital”, (April 1, 2022). DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4072486>. V. también últimamente ALONSO UREBA, Alberto: “Derecho de sociedades y función económico social de la gran empresa («Interés social» vs «Interés de empresa»: una cuestión abierta)”. En: *Derecho de sociedades y sostenibilidad* (coords. Chamorro Domínguez, María de la Concepción & Viera González, Arístides Jorge) La Ley, 2023 (consultado en su versión electrónica).

Como es sabido, se trata de un debate muy antiguo. Tal y como explica ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: “Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídica societaria)”. En: *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos* (AAVV), Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2005, pp. 18-9, la concreción de los intereses que deben promover o satisfacer los administradores en el caso de la sociedad anónima es un tema del que se viene discutiendo desde que existen las grandes sociedades cuyas decisiones tienen impacto social, remitiendo al célebre “For whom are corporate managers trustee?” y al debate entre BERLE y DOBB.

7. FLEISCHER, Holger: “Corporate purpose...”, cit., 1, 2021, p. 5.

8. Muchos se muestran escépticos al respecto; v. por ejemplo BEBCHUCK, Lucian A. & TALLARITA, Roberto: “The Illusory Promise of Stakeholder Governance”, *Cornell Law Review*, 106, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3544978>, *passim*. Por ejemplo, en p. 97 los autores señalan que “(w)hereas many supporters of stakeholderism are motivated solely by concerns for stakeholder welfare, the support by some corporate leaders and management advisors might be at least partly motivated by other considerations. In particular, some of the corporate support for stakeholderism might be partly motivated by the prospects that acceptance of stakeholderism would advance a managerialist agenda and/or deflect the demand for stakeholder-protecting external interventions”.

su responsabilidad social (frente a sus trabajadores, clientes, medio ambiente...), el límite jurídico que ponemos al desarrollo de la sostenibilidad, la responsabilidad social corporativa, el altruismo, etc., en el ámbito corporativo es la *mentira* y no el auténtico compromiso ético o moral.

Con ello solo queremos decir que una concreta conducta o actuación socialmente responsable de una compañía, que *existe* de verdad en los precisos términos en los que se da cuenta de ella por parte de la sociedad anónima o limitada correspondiente, pero que persigue como fin último el beneficio económico de la propia compañía (a través de la publicidad, por ejemplo), quizás no sea éticamente irreprochable (incluso, para algunos, ni siquiera será aceptable), pero ese es un debate que se encuentra fuera de los muros del Derecho. El debate que a nosotros nos importa tiene que ver con que tal conducta socialmente responsable exista realmente o no y con que exista en los términos en que se publicita. Que más allá de ello los administradores o socios lo hagan o no con una finalidad auténticamente altruista, generosa y que en ningún caso pretendan favorecerse a sí mismos, es una cuestión que creemos que debe quedar fuera del análisis jurídico, al menos si de lo que se trata es de determinar cuáles de estas conductas son admisibles o no para el Derecho⁹. En cambio, igualmente evidente nos parece el importante papel que juegan ideas como la del *greenwashing* dentro del Derecho societario y del Derecho de la competencia, como límites a las políticas de las compañías en materia de altruismo y sostenibilidad. No creemos que nadie pueda dudar de que debe perseguirse el denominado *greenwashing* o, lo que podríamos llamar, de manera más amplia, *social* o *sustainablewashing*.

Una vez apuntado lo anterior, el siguiente paso será determinar lo que sí será objeto de nuestro análisis. El estudio que sigue se dedicará a examinar si es admisible jurídicamente que las sociedades de capital persigan fines no lucrativos o fines no únicamente lucrativos, esto es, que combinen el fin lucrativo con objetivos o fines de interés común o general, y cómo puede articularse jurídicamente de la mejor manera la combinación de estos fines.

9. Y desde luego, cuando hablamos de mentira, no nos referimos a mentir sobre los motivos que determinan la conducta. EISENBERG, Melvin A.: "Corporate conduct that does not maximize shareholder gain: Legal Conduct, Ethical Conduct, the Penumbra Effect, Reciprocity, the Prisoner's Dilemma, Sheep's Clothing, Social Conduct, and Disclosure", *Stetson Law Review*, 28, 1998, p. 16, acuña el principio que denomina *sheep's clothing principle* (algo así como el principio de piel de cordero) para referirse a que para beneficiarse de las actuaciones "altruistas" que pueda llevar a cabo una compañía no se pueden presentar al público como actuaciones meramente interesadas. En este sentido, señala que, por ejemplo, "(w)hen GM (General Motors) contributes to the cost of documentaries to be aired on public television, it looks like a good corporate citizen, and that aura presumably rubs off in various maximizing ways on GM's business. If, on the other hand, GM publicly stated, "We really don't care about improving people's lives by contributing to these documentaries; instead, we do it to get a dollar-for-dollar benefit," then GM would get less economic benefit, because it would not get the aura". Y, podríamos añadir, esos documentales no se financiarían.

2. Los distintos papeles del altruismo: altruismo fundamental y altruismo instrumental

Cuando nos preguntamos si la finalidad lucrativa puede o no convivir con la finalidad altruista o de sostenibilidad en una sociedad de capital conviene diferenciar distintos casos, pues no todos se someterán al mismo régimen jurídico¹⁰.

En primer lugar, los casos en que la finalidad altruista desplaza o, sin llegar a desplazarla, convive con la lucrativa sin quedar relegada a un papel meramente secundario o incidental. En segundo lugar, los casos de desarrollo de actuaciones altruistas (o, en general, de actuaciones de responsabilidad social corporativa o enfocadas hacia la sostenibilidad o a los objetivos ESG/ASG) como actuaciones “incidentales” e instrumentales dentro de la gestión lucrativa “normal” de la empresa.

Cabe avanzar ya que para nuestras sociedades de capital tanto la primera como la segunda posibilidad son admisibles, y lo mismo sucede en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Sin embargo, los requisitos que condicionan la licitud de unas y otras iniciativas son distintos, como veremos a continuación.

2.1. El altruismo *fundamental* o *no instrumental*

Son las actuaciones de las compañías en materia de altruismo, sostenibilidad, etc., que no se justifican por un esperado rendimiento económico final para la sociedad de capital. Se trata de un altruismo *auténtico* o no instrumental, y en esta medida fundamental, que no persigue ningún objetivo de corte egoísta o lucrativo por parte de la sociedad de capital. En estos casos el sacrificio del fin lucrativo en aras del fin altruista no supondrá traición alguna al fin social, precisamente porque se considera que tal fin (el altruista) es o forma parte del fin social.

A la hora de estudiar este tipo de altruismo con algo más de detalle diferenciaremos tres grupos de supuestos. Los casos en los que dentro de una sociedad capitalista tradicional orientada al lucro se modifica la causa del contrato. Los casos en los que se adopta una forma societaria con causa mixta. Y un último caso de altruismo real pero meramente puntual, no duradero en el tiempo. Por la novedad que representa en nuestro ordenamiento jurídico dedicaremos mayor atención al segundo grupo de supuestos.

10. PAZ-ARES, Cándido: “Propósito de la empresa y «causa societatis»”, *RDBB*, 169, 2023 (consultado en su versión electrónica), diferencia entre la configuración causal y la configuración instrumental del propósito social.

2.1.1. La modificación de la causa del contrato

Dentro del primer grupo de casos estaría el célebre *Dodge vs Ford*¹¹. El conflicto que da lugar a la famosa Sentencia de la Corte Suprema de Michigan de 7 de septiembre de 1919 surge cuando Henry Ford, presidente de la Ford Motor Company, con el objetivo de beneficiar a sus trabajadores y también a sus clientes, decide no seguir acordando el reparto de los denominados dividendos especiales pese al momento de especial bonanza económica que atravesaba la compañía.

Este tipo de decisiones pueden adoptarse en el seno de las sociedades de capital, aunque, como ya adelantamos y en la medida de que se trata de una modificación del fin social, deben rodearse de las debidas garantías. En concreto, en este tipo de casos se modifica efectivamente la causa del contrato de sociedad lo que supone, en primer lugar, la necesaria previsión estatutaria del fin social (diferente del lucro) que se persigue. Y, en segundo lugar, de no estar previsto en el pacto constitutivo, se precisa del acuerdo unánime de los socios para incluir en los estatutos la modificación del fin social, que es una modificación de la causa del contrato.

Debe tenerse presente entonces que la modificación del fin social, siendo perfectamente posible en el seno de una sociedad de capital, reclamará la necesaria modificación de los estatutos sociales para la que deberá contarse con el consentimiento de todos los socios¹².

11. Sobre este caso y otros igualmente relevantes como Revlon o eBay puede verse FISCH, Jill E. & SOL-OMON, Steven Davidoff: "Should Corporations have a Purpose?", *Texas Law Review*, 99, 2021, pp. 1309-1346. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561164>, *passim*.

12. V. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: "Buen gobierno, fin/interés social y responsabilidad social corporativa. Hacia un modelo de gobierno corporativo socialmente responsable". En: *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, vol. I, (Dir. Rodríguez Artigas, Fernando *et al*), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 1016-7. Para HÄUSERMANN, Daniel M.: "Corporate Social Responsibility: Aktienrechtliche Grundfragen und Zweck des Gesellschaftsrechts". En: *Corporate Social Responsibility (Achties deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium, Hamburg 1.-2. Juni 2017)* (Eds. Fleischer, Holger, Kalss, Susanne & Vogt, Hans-Ueli), Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 44-5, el fin de lucro de las sociedades anónimas es una *default rule*: la exclusión de este fin debe ser expresamente prevista en los estatutos y es necesario el consentimiento de todos los accionistas, mientras que, en general, el fin previsto en los estatutos se puede cambiar con mayorías cualificadas. Sobre este tema v. también DEL VAL TALENS, Paula: "Social Enterprises and Benefit Corporations in Spain". En: *The International Handbook of Social Enterprise Law: Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies* (Coords. Henry, Peter, Vargas Vasserot, Carlos & Alcalde Silva, Carlos) Springer, 2023, DOI:10.1007/978-3-031-14216-1_39, pp. 823-4.

2.1.2. *Formas societarias con causa mixta*

Cuestión distinta, pero también incluíble dentro de los casos de desarrollo de actuaciones altruistas no meramente instrumentales, es la de los *tipos derivados* al estilo de las *benefit corporations*¹³. El legislador español se ha sumado a los países que han acogido esta clase de compañías (*benefit corporations* en los EEUU, *societa benefit* en Italia, *entreprise à mission* en Francia, *community interest company* británica o sociedad de beneficio e interés colectivo en Colombia)¹⁴, no como nuevos tipos societarios sino como adaptaciones de los ya existentes, y en la Disposición adicional décima de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, reconoce la figura de las Sociedades de Beneficio e Interés Común (SBIC), pendiente de desarrollo reglamentario¹⁵.

Como ya hemos señalado que sucede en los casos de altruismo fundamental, el sacrificio del fin lucrativo en aras del fin altruista no supondrá traición alguna al fin social, precisamente porque se considera que tal fin (el altruista) es o forma parte del fin social. Ahora bien, debe insistirse en que el recurso a las *benefit corporation* no es necesario en sentido estricto. Tal y como acabamos de ver, en el marco de una sociedad capitalista tradicional es posible pactar estatutariamente por todos los socios la reorientación del fin social hacia objetivos altruistas, sin necesidad de crear un nuevo tipo societario ni de adaptar los ya existentes. Por este motivo, ni en nuestro país ni en los países de nuestro entorno este tipo de sociedad sería necesaria para que los administradores estuvieran facultados para tomar en consideración los intereses de terceros o el interés general. De hecho, en algunos países, como en Alemania, no sería necesario porque en el ámbito del parágrafo 76 de la Aktiengesetz (ley de

13. En general, la idea de incorporar la figura de la *benefit corporation* no es crear una regulación enteramente nueva. Ni en el caso americano, ni en el de la italiana *societa benefit*, ni la francesa *entreprise à mission* se constituyen sociedades nuevas sino adaptaciones o derivaciones de las ya existentes; v. al respecto FLEISCHER, Holger: "Benefit Corporations zwischen Gewinn-und Gemeinwohlorientierung: Eine Rechtsvergleichende Skizze". En: *Recht und Gesetz. Festschrift für Ulrich Seibert* (Eds. Bergmann, Alfred, Hoffmann-Becking, Michael, & Noack, Ulrich), Otto Schmidt, 2019, pp. 227-31. El mismo camino parece que va a seguirse en España. Se trata de completar la regulación de las sociedades ya existentes con apartados relativos al fin, la responsabilidad o la información y transparencia de estas derivaciones.

14. Un comentario a algunas de ellas puede verse en GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara: "La sociedad de beneficio e interés común en la Ley 18/2022 y su regulación en el Derecho comparado", *Revista de Derecho de Sociedades*, 66, 2022 (consultado en su versión electrónica).

15. Figura compatible pero diferente de actores de la economía social como cooperativas o fundaciones; v. al respecto GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara: "La sociedad de beneficio...", (consultado en su versión electrónica). Sobre las denominadas empresas sociales puede verse VARGAS VASSEROT, Carlos: "Las empresas sociales. Reconocimiento de su estatuto legal en Europa y propuestas para su regulación en España", *Revista de Derecho de Sociedades*, 65, 2022, *passim*.

sociedades anónimas alemana) ya se considera el interés de la empresa; y en otros, como en el caso de Italia, también existe una concepción amplia del interés social¹⁶. Pero incluso en España, donde prima una concepción contractualista del interés social, nadie duda de que los intereses de terceros pueden ser tenidos en cuenta por el administrador, incluso en casos en los que no exista previsión estatutaria al respecto, ya simplemente porque ello puede justificarse desde la perspectiva instrumental de la promoción o defensa del interés social, amparada en el gran margen de decisión con el que cuentan los administradores. Sobre esto último volveremos luego.

En todo caso, y aunque una previsión legislativa como la aludida no sea necesaria en un sentido estricto¹⁷, lo cierto es que existen razones para entender que podría considerarse conveniente. Y de hecho se han aducido argumentos que parecen atendibles para justificar esta introducción de un tipo *derivado* específico. Entre ellos cabe destacar el efecto distintivo, señalizador o de marca que esta clase de sociedades está llamada a desplegar¹⁸, que se vería evidentemente favorecido, cuando no posibilitado (¿cuántos inversores y cuántos consumidores leen los estatutos de las compañías?), con una expresa previsión legislativa sobre el carácter benéfico de la compañía. Además, una específica previsión legislativa conllevaría no solo la reducción de los costes de transacción sino, sobre todo, una posibilidad de control por parte del legislador (imponiendo exigentes requisitos de transparencia, por ejemplo) que contribuyera a evitar el temido *greenwashing*¹⁹.

16. Sobre estos casos v. FLEISCHER, Holger: “Benefit Corporations...”, cit., p. 232.

17. V. el origen de la crítica a que la posición dominante en la doctrina y la jurisprudencia españolas fuera la de entender imprescindible para el concepto de sociedad el que su finalidad fuera económico-lucrativa en GIRON TENA, José: *Apuntes de Derecho mercantil*, 1.º (Sociedades. Parte General), (Universidad Complutense. Facultad de Derecho) Madrid, 1983-1984, pp. 8 y ss.

18. De hecho, para algunos autores se trata casi únicamente de eso: de *branding* o de efecto señalizador. V. en este sentido MANESH, Mohsen: “Introducing the totally unnecessary benefit LLC”, *North Carolina Law Review*, 603, 2019, pp. 604-672. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3219956>, *passim*; p. 603, “the aim of benefit entity statutes is not law reform. Rather, it is about branding”; en el mismo sentido señala en p. 646 “(t)he purpose of benefit entity legislation has never really been to address some perceived shortcoming in the existing legal frameworks governing conventional business entities. Instead, the real aim of benefit entity statutes is to facilitate branding”. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que, cuando MANESH se refiere a esto, no quiere decir que estos efectos altruistas no se persigan efectivamente. Lo que quiere decir es que el marco legal ya permite perseguirlos a través de las correspondientes modificaciones de los estatutos que cuenten con el consentimiento de todos los socios, sin necesidad de nuevas figuras legales, y lo que se pretende en realidad es hacer este fenómeno visible.

19. Al respecto v. FLEISCHER, Holger: “Benefit Corporations...”, cit., pp. 233-4. En definitiva, para FLEISCHER, Holger: “Corporate Purpose...”, cit., p. 15, el hecho de que el Derecho posibilite esta orientación de las sociedades hacia un doble fin no implica de por sí que haya que renunciar a la *benefit corporation*. Primero, por el efecto señal que esta clase de tipos tiene. Segundo, porque una legislación específica posibilita impo-

Pero es que, además, junto a estas razones, hay que destacar también aquellas que tienen que ver con que en estas sociedades la orientación a favorecer los intereses de terceros o el interés general se vuelva obligatoria para la compañía y, por tanto, para sus administradores. En este sentido conviene no olvidar que, si bien es cierto que para *poder* tomar en consideración los intereses de terceros no se precisa de ninguna forma societaria nueva, también lo es que ninguna de estas construcciones *obliga* a considerar los intereses de terceros (más allá de aquello a lo que obligue la ley, los estatutos o los contratos suscritos por la compañía). Por este motivo, si lo que se pretende conseguir es este objetivo (que la consecución de estos fines *sociales* sea obligatoria y no meramente voluntaria), esto sí puede hacer necesaria la forma de la *benefit corporation*, como sociedad que *obliga* a perseguir estos objetivos (porque así lo han querido los socios)²⁰.

Una última cuestión que nos parece interesante plantear en este punto, a la vista de la indeterminación que suele reinar en la delimitación de los fines altruistas, es: ¿debe admitirse una mayor inconcreción de los fines y del objeto social por el hecho de que los objetivos de la compañía sean altruistas?

En nuestra opinión, en la medida en que la concreción de los fines de la compañía sirve para que los socios puedan controlar el desempeño de los administradores (decirles qué esperan de ellos y luego ver si lo han cumplido o no), la absoluta indeterminación del objeto y del fin social sólo contribuye a dar poderes cada vez más amplios a los mismos²¹. Sin embargo, una crítica repetida a las sociedades que se abren a fines sociales, altruistas o no meramente lucrativos es precisamente la indeterminación de estos objetivos. Evidentemente, si uno de los efectos buscados con la introducción de las *benefit corporation* es la señalización de que estas sociedades se orientan no exclusivamente a maximizar sus ganancias, sino que persiguen también otros objetivos, desarrollando un efecto de marca (de forma similar a la marca de garantía), habrá que garantizar entonces que esto sea efectivamente así, es decir, que esta buena reputación se base en lo que la compañía efectivamente hace y que no se trate de una forma más de *greenwashing*²². Esto implica muchas cosas, entre ellas la lógica crítica del recurso a fórmulas vagas para definir estos fines, como ocurre, por ejemplo, con la utilizada mayoritariamente en los EEUU para definir el llamado *purpose* de las *benefit corpo-*

nerles especiales obligaciones de información, de ejecución y, en general, medidas que eviten el *greenwashing*. Y tercero, por la especial legitimación que obtienen estas sociedades a través de su reconocimiento legislativo.

20. V. este razonamiento en FLEISCHER, Holger: “Benefit Corporations...”, cit., p. 232.

21. Sobre estas cuestiones v. RECALDE, Andrés: “La inclusión de objetivos públicos...”, cit., pp. 29 y ss.

22. A la necesidad de que existan formas efectivas de control se refiere MANESH, Mohsen: “Introducing...”, cit., pp. 649 y ss.

ration que exige que estas se orienten de modo general a favorecer a la sociedad y el medio ambiente, a lo que todavía se pueden sumar objetivos más específicos. Autores como LOEWENSTEIN se han mostrado muy críticos con esta forma de delimitar el propósito de la sociedad²³. El recurso a términos vagos y difusos, incapaces de atar a los administradores, lo encontramos en otros países, pero también en el nuestro²⁴. A lo anterior se suma que los objetivos no solo son indeterminados, sino que pueden entrar en conflicto unos con otros²⁵. Por ejemplo, si se cierra una planta altamente contaminante esto es perjudicial para los trabajadores y para las comunidades locales²⁶. Tal indeterminación convierte a los fines no lucrativos, en el mejor de los casos, en meras declaraciones de intenciones.

2.1.3. *El altruismo puntal*

Cabría pensar también en algún supuesto de sociedad capitalista con fin lucrativo que ocasional o puntualmente pudiera llevar a cabo una actuación altruista o de

23. V. LOEWENSTEIN, Mark J.: “Benefit Corporation Law”, *University of Cincinnati Law Review*, 85, 2017, pp. 381-394. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2840003>, p. 383, en relación con la Model Legislation. Para este autor (LOEWENSTEIN, Mark J.: “Benefit Corporation...”, cit., p. 392) es mucho más razonable lo dispuesto en Delaware y Colorado: “(t)he Delaware and Colorado statutes provide that a benefit corporation (called a “public benefit corporation” in the statutes) ‘is a for-profit corporation. . . that is intended to produce a public benefit or public benefits and to operate in a responsible and sustainable manner.’ Public benefit is defined as ‘a positive effect (or reduction of negative effects) on one or more categories of persons, entities, communities or interests (other than stockholders in their capacities as stockholders) including, but not limited to, effects of an artistic, charitable, cultural, economic, educational, environmental, literary, medical, religious, scientific or technological nature’. Thus, under this approach a benefit corporation may identify one or more benefits that it wishes to pursue and still qualify as a benefit corporation. It need not have as a purpose creating a material positive impact on society and the environment”.

24. V. al respecto RECALDE, Andrés: “La inclusión de objetivos públicos...”, cit., p. 12. En relación con estos objetivos MANESH, Mohsen: “Introducing...”, cit., pp. 650 y ss., habla de *illusory commitments*.

25. Frente a esto, la posibilidad de controlar el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores requeriría, en palabras de ALFARO, un objetivo singular y medible. El autor pone como ejemplo “maximizar el número de huérfanos atendidos en las instalaciones de la compañía. En tal caso, los accionistas de esa sociedad anónima podrían juzgar cuan bien lo están haciendo los administradores (más plazas para huérfanos en los establecimientos de la compañía, mejores resultados como adultos de los niños ingresados en sus establecimientos, mayor tasa de adopción que en los orfanatos públicos etc.)”; ALFARO, Jesús: “Las B Corporations”, *Almacén de Derecho*, entrada de 16 de agosto de 2010 (<https://almacenderecho.org/las-b-corporations>). También en Alemania autores como SPINDLER, Gerhard: “Klimaschutz und Aktienrecht”, *NZG*, 23, 2021, pp. 993-4, no dudan de la importancia de objetivos como el de la protección del clima, de lo que dudan es de que el Derecho de sociedades sea el lugar adecuado del ordenamiento a través del que conseguir este tipo de objetivos, empezando por el problema de medir el grado de su consecución.

26. Sobre este problema v. LOEWENSTEIN, Mark J.: “Benefit Corporation...”, cit., pp. 384-5.

sostenibilidad. En estos casos, si se tratase de una actuación puntual (que no alterase la causa del contrato), pero auténticamente altruista, esto es, que supusiera relegar o sacrificar sin más el interés social, entendido como el interés común de los socios, para favorecer el interés de un tercero, se requeriría igualmente, en nuestra opinión, el consentimiento unánime de los socios, aunque no necesariamente la previsión estatutaria si efectivamente se tratara de una actuación puntual²⁷. Pensemos en una única donación que ni en el corto ni en el largo plazo se conectara con un beneficio para la compañía, una actuación a la que no se diera ningún tipo de publicidad. Como hemos dicho, las actuaciones auténticamente altruistas, tanto las puntuales como las repetidas (en cuyo caso deben recogerse además en los estatutos de la compañía) deben ser aprobadas por todos los socios. La cuestión evidentemente pasa a ser entonces: ¿cuándo una actuación es auténticamente altruista? Esta pregunta hace que nos ocupemos ahora de lo que hemos llamado altruismo instrumental.

2.2. El altruismo *instrumental*

2.2.1. *El quién y el cómo*

En cuanto a la segunda posibilidad, nos referíamos al desarrollo de actuaciones altruistas o de sostenibilidad como actuaciones “incidentales” dentro de la gestión lucrativa “normal” de la empresa. Por ejemplo, una política de donaciones para fomentar el deporte en los niños y jóvenes en los barrios en los que esté asentada la compañía. Hay al menos dos notas que diferencian estas actuaciones de las anteriores y que se refieren al *quién* es competente para adoptar estas decisiones y al *cómo* deben relacionarse las mismas con el interés social, concretamente, con el fin lucrativo (puesto que no estamos ante casos del epígrafe anterior).

En cuanto al *quién* es competente para adoptar estas decisiones, el desarrollo de este tipo de actuaciones “incidentales” dentro de la gestión lucrativa “normal” de la empresa será llevado a cabo normalmente por los administradores²⁸, que, como ha recordado recientemente PAZ-ARES, pueden decidir sobre los medios, pero no sobre los fines de la sociedad. Por eso, en la medida en que se trata de actuaciones

27. Sobre el peligro de que este tipo de actuaciones encubran vulneraciones del deber de lealtad de los administradores nos hemos pronunciado en otro lugar; v. NAVARRO FRÍAS, Irene: “Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 63, 2021, pp. 219-220.

28. DEL VAL TALENS, Paula: “Donaciones societarias”, *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, monografía núm. 50, Aranzadi, 2021, pp. 187 y ss., se refiere a la competencia primaria del órgano de administración en materia de donaciones societarias.

no auténticamente altruistas y que, como estamos a punto de ver, no chocan con el fin lucrativo de la sociedad, los administradores pueden tomar decisiones sobre las mismas²⁹.

En cuanto al *cómo* se relacionan las mismas con el interés de la compañía, en estos casos las actuaciones siempre deben tener naturaleza instrumental, nunca pueden ser genuina o únicamente altruistas, puesto que su justificación proviene precisamente de que sean aptas para servir al interés social³⁰. Es cierto y así debe reconocerse que este carácter instrumental para el interés social se verificará habitualmente en el medio o largo plazo, normalmente por la vía de la mejora de la reputación de la sociedad, y que en el momento de adoptar la decisión el administrador (legitimado, en principio y tal y como acabamos de exponer, para adoptar estas decisiones, a diferencia de lo que ocurría en el caso anterior) deberá hacer un juicio de pronóstico para el que, además, normalmente contará con un amplio margen de decisión que nos permitirá hablar de discrecionalidad. Pero al mismo tiempo debe subrayarse que aunque el margen con el que cuentan los administradores es amplio, existen límites. Una actuación absolutamente desconectada del interés social, que no se justifique desde su vinculación instrumental con aquel, no podría adoptarse lícitamente salvo que se contara con el consentimiento de todos los socios (estaríamos en los casos de altruismo fundamental). Y es que la razón por la que se admite que el administrador desarrolle actuaciones altruistas o de sostenibilidad como parte de su labor de gestión de la empresa, llevando a cabo incluso políticas de donaciones o patrocinios, es que si adoptamos una perspectiva de largo plazo encontramos que actuaciones a corto plazo

29. PAZ-ARES, Cándido: “Propósito de la empresa...”, cit., (consultado en su versión electrónica): “(s)osten-dremos por ello que los administradores tienen soberanía sobre los medios, pero no la tienen sobre los fines (...) Porque, al final, una de dos: o el propósito social se pone al servicio de la causa societatis (caso normal), o la causa societatis se pone al servicio del propósito social (casos especiales). Tertium non datur”.

30. La idea de que no tiene por qué haber contraposición entre egoísmo y altruismo la encontramos también en FRIEDMAN, Milton: “A Friedman doctrine - The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits”, *The New York Times*, 13 septiembre 1970, “it may well be in the run interest of a corporation that is a major employer in a small community to devote resources to providing amenities to that community or to improving its government. That may make it easier to attract desirable employees, it may reduce the wage bill or lessen losses from pilferage and sabotage or have other worthwhile effects. Or it may be that, given the laws about the deductibility of corporate charitable contributions, the stockholders can contribute more to charities they favor by having the corporation make the gift than by doing it themselves, since they can in that way contribute an amount that would otherwise have been paid as corporate taxes. In each of these -and many similar- cases, there is a strong temptation to rationalize these actions as an exercise of “social responsibility.” In the present climate of opinion, with its widespread aversion to “capitalism,” “profits,” the “soulless corporation” and so by on, this is one way for a corporation to generate goodwill as a -product of expenditures that are entirely justified in its own self-interest”. El autor se muestra muy crítico con denominar a esto responsabilidad social.

altruistas y, por tanto, perjudiciales desde la perspectiva del interés social (evidentemente desde la perspectiva de los terceros, los donatarios, patrocinados..., el juicio será diferente), pueden entenderse alineadas con el interés social en el largo plazo, en tanto contribuyen a mejorar la imagen o reputación de la compañía y mediatamente a aumentar el rendimiento económico de esta.

En consecuencia, desde un punto de vista teórico esta construcción permite alinear el interés de los socios y de los terceros (al menos de aquellos directamente favorecidos por las políticas de las compañías). Entender que existe pérdida para la sociedad de capital se considera hasta cierto punto miope: si se es capaz de mirar más allá del momento actual se verá que tales actuaciones traen consigo una ventaja reputacional que en ese largo plazo favorecerá el rendimiento económico de la compañía.

2.2.2. *El margen de decisión del administrador. El caso Dick's Sporting Goods*

Ahora bien, sentado lo anterior no puede ocultarse que inmediatamente surgen nuevos interrogantes: ¿cabe esperar siempre de las actuaciones altruistas un rendimiento para la compañía, aunque sea en el largo plazo?, ¿se puede probar que esto sea así?, ¿qué nivel de prueba podremos exigir de estos extremos?

Desde luego, y aunque existen estudios que vinculan el rendimiento social para los terceros y el financiero para la compañía, debemos partir de admitir la debilidad empírica de la premisa *doing well by doing good*. En palabras de Davies “(u)nfortunately, the empirical evidence for the proposition is at best mixed”³¹. A lo que hay que sumar que, aunque pudiera afirmarse tal relación, se trataría de una relación entre ambos rendimientos en términos estadísticos. Respecto del rendimiento financiero que cabría esperar de una concreta medida altruista o de sostenibilidad adoptada por el administrador siempre nos seguiríamos encontrando con la incertidumbre inherente a cualquier juicio de pronóstico. Lo que debemos plantearnos ahora es qué implica esto para el ámbito de decisión con el que cuenta el administrador.

Hay que comenzar recalcando una vez más que lo que aquí existe es incertidumbre. Existen estudios que afirman una relación positiva entre rendimiento social y rendimiento financiero y estudios que la ponen en cuestión. No partimos de certezas para afirmar la correlación positiva entre ambas magnitudes pero tampoco para ne-

31. V. DAVIES, Paul L.: “The UK Stewardship Code 2010-2020 from Saving the Company to Saving the Planet?”, *European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 506/2020*, pp. 1-33. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3553493>, p. 24. V. también FISCH, Jill E. & SOLOMON, Steven Davidoff: “Should Corporations have a Purpose?”, cit., p. 1330 n. 110, “(t)he empirical evidence in support of this claim is mixed”.

gar tal correlación. Y esta situación de incertidumbre del conocimiento disponible juega, a nuestro juicio, a favor del margen de discrecionalidad con el que cuenta el administrador. Nos explicamos.

El administrador que de buena fe, esto es, actuando en el convencimiento de que adopta la mejor decisión para su compañía, se decide, siguiendo un procedimiento de decisión adecuado, por una de estas actuaciones después de haberse informado suficientemente (y aquí es fundamental la existencia de estudios serios y confiables que apunten a una efectiva correlación positiva entre rendimiento social y rendimiento económico para la sociedad) y sin un interés personal en el asunto, estará amparado por la *business judgment rule*. Es importante insistir en que esto no quiere decir que la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial suponga entender que se admite que el administrador promueva o incluya en sus valoraciones sin más los intereses de los *stakeholders*. Si el administrador hiciera algo parecido a lo que en su momento hizo Ford y admitiera que ha donado una parte (por pequeña que fuera) del patrimonio social a una ONG, por ejemplo, de ayuda a las mujeres de Senegal, sin darle publicidad a esta actuación, sin que la misma tuviera nada que ver con el objeto ni con el fin social, etc. y admitiendo abiertamente que se excluye que de cualquier manera esto pudiera beneficiar en forma alguna a la compañía, esto será contrario a sus deberes frente a la misma³². Otra cosa será que luego, imprevisiblemente, la actuación termine generando algún tipo de beneficio para la compañía. En términos de responsabilidad del administrador esto no será ya un problema de existencia de infracción de deber sino de (in)existencia de daño. Es lo que podría ocurrir si el administrador actúa movido únicamente por razones éticas y en el convencimiento

32. Aunque es una cuestión sobre la que, desde luego, se sigue discutiendo. Por ejemplo, señalaba recientemente Dorothy LUND que “(t)here is a growing consensus that corporations could make public interest decisions if they wanted to: Legal scholars defend a view of fiduciary obligation that would allow directors and officers to make public interested choices, even those that sacrifice corporate profits” (LUND, Dorothy S.: “Corporate Finance for Social Good”, *Columbia Law Review*, 121, 2021, pp. 1-28. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3511631>, p. 6). Por su parte, ROCK explica los muchos puntos en común que tiene con LIPTON, tanto en relación con el caso Revlon, como con el hecho de que los administradores no tienen la obligación de maximizar el precio de las acciones, e insiste en que también están de acuerdo en que se pueden tener en consideración los intereses de la sociedad si estos se relacionan de alguna manera con el *shareholder value*; ROCK, Edward B., “For Whom Is the Corporation Managed...”, cit., p. 379. En lo que se diferencian sus posturas es en la resolución de la cuestión de si los intereses de los terceros tienen o no carácter instrumental: “(i)f we disagree in our legal analysis, it is over whether directors can pursue the interests of society and people when they believe that doing so does not benefit shareholders over any timeframe or even injures the interests of shareholders”, para ROCK “in managing the business, the board of directors may consider the interests of other stakeholders, so long as there is some rational relation to shareholder value”; ROCK, Edward B.: “For Whom Is the Corporation Managed...”, cit., pp. 379-380.

de que se producirá un perjuicio para la compañía aunque este finalmente no se produzca. Para ilustrar algo más esta idea nos serviremos del caso *Dick's Sporting Goods*.

El caso surge cuando el CEO de *Dick's Sporting Goods* decide no continuar con la venta de armas en sus establecimientos después de que se produzca un tiroteo en un colegio en Florida, asumiendo las pérdidas y los boicots que preveía que se producirían tras adoptar esta medida³³. Ocurre, sin embargo, que, en contra de lo que *ex ante* había pronosticado, las ventas aumentaron en las tiendas de las que se retiraron las armas, con lo que decidieron extender la medida a más tiendas hasta dejar de vender armas en ninguna de ellas³⁴. Desde un punto de vista *ex ante* el CEO adopta (al menos en el primer momento, el de su primera decisión, no cuando extiende la medida a otras tiendas precisamente por el resultado positivo que había alcanzado con la primera) una medida perjudicial, al menos en el corto plazo, para los intereses económicos de la compañía en aras de un interés general, sin venir obligado a ello por ley o contrato alguno. Sin embargo, una vez adoptada la decisión sucede que, de una manera en parte imprevista, se produce un resultado positivo en términos económicos para la compañía, con lo que no puede identificarse daño cuya indemnización quepa exigir mediante una acción de responsabilidad.

El caso nos da la posibilidad de plantearnos distintos escenarios. En el primero, tenemos una actuación del administrador orientada al interés general que, de una manera no prevista por él mismo, termina produciendo efectos positivos para la compañía. Si nos preguntamos si el administrador ha infringido algún deber, debemos tener en cuenta que esta cuestión debe responderse desde una perspectiva *ex ante*. El administrador ha de estar convencido de buena fe de que la decisión que adopta beneficiará de forma inmediata a los terceros o al interés general, pero también (y esto es lo fundamental para su posición fiduciaria frente a su compañía) de que traerá beneficio a la propia sociedad en el medio o largo plazo. Esta es la discrecionalidad que ampara la ley. En cambio, no hay discrecionalidad protegida por la ley en sustituir el interés social por el interés de terceros como principio orientador de sus decisiones. El administrador debe necesariamente orientarse a la consecución del interés social (aquí no hay discrecionalidad), pero elegirá discrecionalmente los

33. Tras el tiroteo en el centro escolar, Ed Stack CEO y principal accionista de *Dick's Sporting Goods* declaraba: "I don't want to be part of the story anymore" [v. en FITZGERALD, Jay.: "Dick's Sporting Goods Followed Its Conscience on Guns—and It Paid Off", *Harvard Business School*, 18 abril 2022 (<https://hbswk.hbs.edu/item/dicks-sporting-goods-followed-its-conscience-on-guns-and-it-paid-off>)].

34. Desde la compañía se esperaba un importante impacto económico (negativo) de la medida, por lo que se diseñó una cuidadosa estrategia, que incluía una importante campaña de comunicación; v. al respecto, FITZGERALD, Jay.: "Dick's Sporting...". Sobre este caso v. también FISCH, Jill E. & SOLOMON, Steven Davidoff: "Should Corporations have a Purpose?", cit., pp. 1331-2.

medios que a su juicio favorecerán su consecución³⁵. Lo que ocurre es que, si, como hemos dicho, las bases epistemológicas con las que contamos son más bien endeble, debemos encontrarnos ante un administrador que siguiendo un proceso de decisión adecuado crea de buena fe que la decisión conviene a los intereses de la sociedad. Desde luego, no se le puede exigir que tenga la certeza de que esto será así, puesto que eso será simplemente imposible respecto de un hecho futuro por todo lo dicho hasta ahora, pero sí que de buena fe crea que lo probable es que tal decisión repercuta positivamente en la compañía. Un administrador que actúa de esta manera no habrá infringido su deber y, por tanto, no podrá ser considerado responsable si finalmente se produjera un daño.

Si, por el contrario, estamos en un escenario en el que el administrador adopta una decisión que calcula *ex ante* que producirá un daño a la sociedad, que tampoco beneficiará a la misma en el largo plazo, y aun así la toma por motivos estrictamente éticos tendremos un contexto en el que el administrador estará decidiendo en contra de las normas que ordenan su conducta frente a la sociedad³⁶. Como veíamos antes, si la decisión no aparece alineada *ex ante* con el interés social ni en el corto ni en el largo plazo, es decir, si se trata de una decisión auténticamente altruista, solo los socios por unanimidad tendrán legitimidad para adoptarla. Si es el administrador el

35. Sobre esta cuestión puede verse últimamente PAZ-ARES, Cándido: “Propósito de la empresa...”, cit., (consultado en su versión electrónica): “(s)ostendremos por ello que los administradores tienen soberanía sobre los medios, pero no la tienen sobre los fines. Esto es así incluso aunque la política o transferencia de que se trate tenga por objeto internalizar el coste social de la actividad empresarial. Tomemos un caso de contaminación ambiental, quizá el ejemplo más clásico de externalidad. Se estima que el coste ambiental ocasionado por American Airlines es de 4.800 millones de dólares anuales y el de Lufthansa de 2.300 millones de dólares anuales, superiores en ambos casos a los beneficios contables reportados por una y otra compañía (...). Mi pregunta entonces es la siguiente: ¿está autorizado el consejo de administración a transferir al Estado –o a la ONU, como representante del planeta– esas cantidades (o una fracción de ellas) para que se apliquen a medidas compensatorias como reforestar territorios o impedir el avance de la desertización? Claro que, de ser así, los administradores tendrían que incrementar el precio de los billetes, quizá duplicarlos o triplicarlos o quintuplicarlos y, aun así, las ganancias de los accionistas caerían en picado. ¿Están legitimados los administradores para tomar este tipo de decisiones redistributivas? No lo parece. Porque, al final, una de dos: o el propósito social se pone al servicio de la causa societatis (caso normal), o la causa societatis se pone al servicio del propósito social (casos especiales). Tertium non datur”.

36. Cabría plantearse si podría tratarse de un caso de aquellos a los que se refiere EISENBERG, Melvin A., cit, p.5, bajo el título principio de conducta ética: “the corporation, in the conduct of its business, may take into account ethical considerations that are reasonably regarded as appropriate to the responsible conduct of business, even if shareholder gain is not thereby enhanced. I will call this the ethical-conduct principle. The reasons for this principle are comparable to the reasons for the legal-conduct principle. We don’t want a society in which people are encouraged to become amoral when they become corporate executives. We don’t want a society in which managers check their ethics at the door.”. No es el momento de detenerse en este principio, que merece un desarrollo que dejamos para un futuro trabajo, pero no parece que en cuestiones éticas en las que la ciudadanía se encuentre fuertemente polarizada quepa recurrir al mismo.

que la adopta, sin contar con la junta, el administrador estará infringiendo, como mínimo, su deber de diligencia. Lo que ocurre en este caso es que, a la hora de exigirle responsabilidad, en la medida en que se trata de responsabilidad por daño, si no hay daño que indemnizar no cabrá exigirle responsabilidad alguna. Si de forma totalmente imprevisible el daño no se produce, sino que, muy al contrario, se genera un beneficio para la sociedad, simplemente no tendrá sentido hablar de responsabilidad al no existir daño que indemnizar. Habrá, por tanto, infracción de deber, pero no daño indemnizable.

2.2.3. *¿Margen de discrecionalidad o excusa para el administrador?*

Todo lo dicho hasta ahora apunta a la importancia de insistir en la diferencia entre norma de conducta y norma de control en esta materia y, en general, siempre que nos encontramos ante decisiones discrecionales. Y es que cuando nos encontramos ante decisiones discrecionales, la norma de conducta le exige al decisor que adopte la que de buena fe entienda que es la mejor decisión posible, la decisión óptima. Sin embargo, la norma de control tiene un alcance mucho más limitado y suele conformarse con estándares de razonabilidad. En este sentido, el sujeto que controla la decisión debe respetar el margen del sujeto en principio legitimado para decidir.

Es cierto que este esquema amplía el poder de decisión de los administradores hasta un límite en que podemos llegar a tener la impresión de que todo vale e, incluso, de que esta diferencia entre norma de conducta y norma de control termina convirtiéndose en una excusa para aligerar la carga de probar en qué medida contribuye determinada actuación a promover el interés social³⁷.

Sin embargo, la cuestión sigue siendo: ¿hay una alternativa mejor que siga permitiendo maximizar los márgenes de decisión de los sujetos legitimados para decidir, sin impedir la posibilidad de control en casos graves?

3. Consideraciones finales

A la vista de lo dicho hasta ahora apenas cabe dudar de que los administradores pueden considerar los intereses de terceros o el interés general en la adopción de sus decisiones. En opinión de autores como ROCK, si consideramos la amplísima

37. En este sentido, RECALDE, Andrés: “La inclusión de objetivos públicos...”, cit., p. 6, se refiere a que esta fórmula parece más una excusa: “(e)sta fórmula de hacer compatible las actividades no directamente lucrativas con el interés a largo plazo a veces más parece una excusa, toda vez que no requiere la prueba de ese interés”.

discrecionalidad con la que cuentan, salvo en los casos de *end-game* de la venta de la compañía (doctrina del caso Revlon), tanto en sistemas como el alemán (en el que legalmente se prevé la consideración de intereses de terceros en las decisiones de los administradores) como en los EEUU (primacía de los *shareholders*) sería posible considerar los intereses de terceros en la toma de decisiones³⁸. En nuestro ordenamiento jurídico ocurre lo mismo y, si hubiera alguna duda, esto ha quedado aún más claro con la actual redacción del art. 225 LSC y su referencia al interés de la empresa (y ya no solo al interés social, con todas las connotaciones que esto tiene)³⁹. Esta cuestión ha quedado, al menos en línea de principio, clara.

De lo que sí conviene seguir hablando, porque, en nuestra opinión, sigue planteando dudas, es de dos aspectos clave de este tema. En primer lugar, de si los administradores únicamente están *facultados* para tomar en cuenta los intereses de terceros o el interés general; esto es, si *pueden* hacerlo, pero no *vienen obligados* a ello. En segundo lugar, de si la toma en consideración de estos intereses de terceros puede suponer anteponer los mismos al interés de los socios y al interés social⁴⁰.

Sobre la segunda cuestión ya nos hemos pronunciado. La satisfacción del interés de terceros (más allá de aquello a lo que obligue la ley o los contratos que vinculen a la sociedad) pasa por los socios. Ya sea a través de la expresión de su consentimiento, en los casos más radicales en los que incluso se puede hablar de una modificación de la causa de contrato, ya sea a través de la alineación de las actuaciones altruistas o de sostenibilidad con el interés social en el medio o largo plazo, tal y como hemos explicado. En cuanto a la primera cuestión, los administradores, como regla general, no están obligados sino meramente facultados a considerar estos intereses, salvo que

38. ROCK, Edward B.: "For Whom Is the Corporation Managed...", cit., p. 376.

39. Para SÁNCHEZ-CALERO, Juan: "La modificación del deber de diligencia", *RDBB*, 163, 2021 (consultado en su versión electrónica) "(a)sistimos, en suma, al impulso de una transición desde la denominada shareholder value hacia una nueva stakeholder value" y valora el nuevo inciso final del art. 225. 1 LSC como "una norma perturbadora del sistema legislativo en que se ha insertado". En todo caso, en relación con el art. 225 LSC es importante destacar tanto lo que el precepto dice como lo que no dice. Lo que dice es que el administrador no puede anteponer su interés al interés de la empresa, lo que no parece nada nuevo en la medida en que el administrador debe velar por el interés social y ello supone, en la forma instrumental a la que nos hemos referido, velar por el interés de la empresa. Lo que el art. 225 no dice es que el interés de la empresa prevalezca sobre el interés social cuando exista una hipotética contradicción entre los mismos, por lo que del art. 225 LSC no parece que pueda deducirse una apuesta del legislador por una visión institucionalista del interés social. A nuestro juicio, la lectura de que se "sustituye" el interés social por el interés de la empresa no se deduce necesariamente del art. 225, más si tenemos en cuenta que en el art. 227, que es donde se habla de la lealtad del administrador, la referencia se sigue haciendo al mejor interés de la sociedad.

40. Sobre estas dos cuestiones v. FISCH, Jill E. & SOLOMON, Steven Davidoff: "Should Corporations have a Purpose?", cit., pp. 1330 y ss.

existan mandatos o prohibiciones derivados de la ley, los estatutos o contratos que vinculen a la compañía. Desde luego no están obligados por la vía del deber de legalidad, pues no hay mandatos legales generales en este sentido⁴¹. De *lege ferenda* podría discutirse si conviene introducir este tipo de cláusulas en nuestro sistema, pero de *lege lata* los administradores no están sujetos a esta obligación. A ello se suma que, aunque se previera una obligación de toma en consideración, esto ni mucho menos querría decir que hubiera que hacer prevalecer los intereses de los terceros frente a los de los socios y la compañía⁴².

Por otro lado, incluso cuando se ordena a los administradores que tomen en consideración los intereses de terceros, el hecho de que no se provea de guías precisas acerca de cómo llevar a cabo esta misión (seguramente porque no pueden establecerse: ¿a qué intereses se debe dar prioridad y en qué extensión?, ¿puede esto determinarse *ex ante* por el legislador?), y de que los intereses de los *stakeholders* entre sí pueden no estar alineados, sino que pueden chocar (incluso dentro de una misma categoría), resta eficacia al mandato y determina que, al final, los resultados prácticos a los que se llega no difieran mucho de los que se consiguen con una concepción contractualista del interés social.

Para terminar: la consideración por parte de las compañías de los intereses de los terceros que se relacionan con ellas e, incluso, de intereses generales o colectivos, debe saludarse siempre como algo positivo. Ahora bien, no podemos terminar estas páginas sin referirnos al mayor problema que, a nuestro juicio, entraña todo este movimiento de altruismo corporativo, RSC, EGS, etc. Y es el problema de si el

41. Ni siquiera el nuevo inciso del art. 225. 1 LSC prevé tal obligación de tomar en consideración otros intereses. Lo que establece es la subordinación del interés particular del administrador al interés de la empresa, en una especie de concreción del deber de lealtad: el administrador debe lealtad a su sociedad, no puede anteponer su interés al interés social y, de manera instrumental, para cumplir con este deber como fiduciario, no puede anteponer su interés particular al interés de la empresa.

Hay que reconocer, en todo caso, que puede haber supuestos de actuación obligada del administrador, no derivada de mandatos o prohibiciones concretos previstos en la ley o en el contrato, sino en aplicación del deber de diligencia para evitar un daño reputacional; esto es, actuación obligada no directamente por la ley (aquí estaríamos ante una actuación reglada), sino obligada por su deber de evitar al patrimonio social daños reputacionales. Por ejemplo, si tras la erupción del volcán de La Palma todas las compañías que operan en la isla acuerdan donaciones para la reconstrucción de las zonas afectadas menos una.

42. Sobre las cláusulas de iluminación del interés social v. EMBID IRUJO, José Miguel & DEL VAL TALENS, Paula: *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital. Entre la regulación legislativa y el Soft Law*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 67 y ss. En concreto, respecto de la sección 172 (1) de la Companies Act de 2006 señalan estos autores (p. 69), que la nueva formulación no altera el régimen previo de los deberes fiduciarios de los administradores: “(...) los otros intereses que han de ser tomados en consideración lo serán en tanto su atención sirva, a su vez, para promover el interés de los socios”.

mismo puede llevar a entender que se puede “prescindir” del legislador⁴³. Una cosa debe quedar clara. Si de lo que se trata es de proteger los intereses de terceros y el interés general y nos tomamos esta tarea en serio, la vía más efectiva es la imposición de obligaciones a través de la ley⁴⁴. Por tanto, la discusión (necesaria) acerca de lo que voluntariamente pueden hacer las compañías no puede empañar la realidad de la necesidad de regulación en muchas de estas materias.

43. BEBCHUCK, Lucian A. & TALLARITA, Roberto: cit., *passim*, explican que no solo se trata de que el *stakeholderism* pueda no traer beneficios sino de que, además, conlleva peligros para los propios *stakeholders*, para los socios y para la sociedad. Para ROCK, Edward B., “For Whom Is the Corporation Managed...”, cit., pp. 394-5 “we should never forget that many of our problems require regulatory solutions and that we should not fool ourselves into thinking that tinkering with corporate objective can begin to substitute for regulation to control climate change, assure decent wages and working hours, and decent health care, as well as social insurance against the various downsides from competitive global markets. The private lawyer’s worry, of course, is that using private law to solve social problems will destroy the value generating potential of private law while failing to solve the social problems, leaving all of us worse off”.

44. Es importante lo que FISCH, Jill E. & SOLOMON, Steven Davidoff: “Should Corporations have a Purpose?”, cit., pp. 21337 y n. 148, señalan en el sentido de que “(a) purpose statement saying that a corporation will promote the interests of its workers, unlike a minimum wage law, neither identifies the way in which worker interests will be protected nor allows workers or a regulator to enforce those interests” y en la nota al pie “(i)t is for this reason, among others, that we believe that issues regarding risk and externalities of the corporate form should be dealt with primarily through regulation”.

Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Las B Corporations”, *Almacén de Derecho*, entrada de 16 de agosto de 2010 (<https://almacenederecho.org/las-b-corporations>).
- ALONSO UREBA, Alberto: “Derecho de sociedades y función económico social de la gran empresa («Interés social» vs «Interés de empresa»: una cuestión abierta)”. En: *Derecho de sociedades y sostenibilidad* (Coords. Chamorro Domínguez, María de la Concepción & Viera González, Arístides Jorge) La Ley, 2023 (consultado en su versión electrónica).
- BEBCHUCK, Lucian A. & TALLARITA, Roberto: “The Illusory Promise of Stakeholder Governance”, *Cornell Law Review*, 106, 2020, pp. 91-177.
DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3544978>
- DAVIES, Paul L.: “The UK Stewardship Code 2010-2020 from Saving the Company to Saving the Planet?”, *European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 506/2020*, pp. 1-33. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3553493>
- DEL VAL TALENS, Paula: “Social Enterprises and Benefit Corporations in Spain”. En: *The International Handbook of Social Enterprise Law: Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies* (Coords. Henry, Peter, Vargas Vasserot, Carlos & Alcalde Silva, Carlos) Springer, 2023, pp. 803-830.
DOI:10.1007/978-3-031-14216-1_39
- *Donaciones societarias*, Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades, monografía núm. 50, Aranzadi, 2021.
- EISENBERG, Melvin A.: “Corporate conduct that does not maximize shareholder gain: Legal Conduct, Ethical Conduct, the Penumbra Effect, Reciprocity, the Prisoner’s Dilemma, Sheep’s Clothing, Social Conduct, and Disclosure”, *Stetson Law Review*, 28, 1998, pp. 1-26.
- EMBID IRUJO, José Miguel & DEL VAL TALENS, Paula: *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital. Entre la regulación legislativa y el Soft Law*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: “Buen gobierno, fin/interés social y responsabilidad social corporativa. Hacia un modelo de gobierno corporativo socialmente responsable”. En: *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, vol. I, (Dir. Rodríguez Artigas, Fernando *et al*), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 969-1024.

- “Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídica societaria)”. En: *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos* (AAVV), Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2005, pp. 13-62.
- FISCH, Jill E. & SOLOMON, Steven Davidoff: “Should Corporations have a Purpose?”, *Texas Law Review*, 99, 2021, pp. 1309-1346.
DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561164>
- FLEISCHER, Holger: “Corporate Purpose: ein Management-Konzept und seine gesellschaftsrechtlichen Implikationen”, *ZIP: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1, 2021, pp. 5-15.
- “Benefit Corporations zwischen Gewinn-und Gemeinwohlorientierung: Eine Rechtsvergleichende Skizze”. En: *Recht und Gesetz. Festschrift für Ulrich Seibert* (Eds. Bergmann, Alfred, Hoffmann-Becking, Michael, & Noack, Ulrich), Otto Schmidt, 2019, pp. 219-234.
- FITZGERALD, Jay: “Dick’s Sporting Goods Followed Its Conscience on Guns - and It Paid Off”, *Harvard Business School*, 18 abril 2022 (<https://hbswk.hbs.edu/item/dicks-sporting-goods-followed-its-conscience-on-guns-and-it-paid-off>).
- FRIEDMAN, Milton: “A Friedman doctrine-- The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits”, *The New York Times*, 13 septiembre 1970.
- GIRÓN TENA, José: *Apuntes de Derecho mercantil*, 1.º (Sociedades. Parte General), (Universidad Complutense. Facultad de Derecho) Madrid, 1983-1984.
- GONDRA, José María: “100 Años de debate sobre el «gobierno corporativo»: La importancia del contexto”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 52, 2018, pp. 29-60.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara: “La sociedad de beneficio e interés común en la Ley 18/2022 y su regulación en el Derecho comparado”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 66, 2022 (consultado en su versión electrónica).
- HÄUSERMANN, Daniel M.: “Corporate Social Responsibility: Aktienrechtliche Grundfragen und Zweck des Gesellschaftsrechts”. En: *Corporate Social Responsibility (Achtes deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium, Hamburg 1.-2. Juni 2017)* (Eds. Fleischer, Holger, Kalss, Susanne & Vogt, Hans-Ueli), Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 39-61.
- LOEWENSTEIN, Mark J.: “Benefit Corporation Law”, *University of Cincinnati Law Review*, 85, 2017, pp. 381-394. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2840003>
- LUND, Dorothy S.: “Corporate Finance for Social Good”, *Columbia Law Review*, 121, 2021, pp. 1-28. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3511631>
- MANESH, Mohsen: “Introducing the totally unnecessary benefit LLC”, *North Carolina Law Review*, 603, 2019, pp. 604-672.
DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3219956>

- NAVARRO FRÍAS, Irene: “Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 63, 2021, pp. 177-228.
- PAZ-ARES, Cándido: “Propósito de la empresa y «causa societatis»”, *RDBB*, 169, 2023 (consultado en su versión electrónica).
- RECALDE, Andrés: “La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital”, (April 1, 2022). DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4072486>
- ROCK, Edward B.: “For Whom Is the Corporation Managed in 2020? The Debate over Corporate Purpose”, *The Business Lawyer*, 76, 2021, pp. 363-395.
DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3589951>
- SÁNCHEZ-CALERO, Juan: “La modificación del deber de diligencia”, *RDBB*, 163, 2021 (consultado en su versión electrónica)
- SPINDLER, Gerhard: “Klimaschutz und Aktienrecht”, *NZG*, 23, 2021, pp. 993-4.
- VARGAS VASSEROT, Carlos: “Las empresas sociales. Reconocimiento de su estatuto legal en Europa y propuestas para su regulación en España”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 65, 2022 (consultado en su versión electrónica).