

JORNADA ACADÉMICA DE DERECHO EMPRESARIO

RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA

**Universidad Nacional del Nordeste
Corrientes, 16 de agosto de 2005**

Conferencia “RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESA”¹ a cargo de Efraín Hugo RICHARD²

“Un fantasma recorre el mundo: el de la enfermedad moral del capitalismo, que arrasa su legitimidad. Los ciudadanos han visto desnudar la codicia, la avaricia, la desigualdad, la exclusión, sin velos de ningún tipo” de Joaquín Estefanía, ex director del diario El País de España.

Nos sentimos muy honrados de haber sido convocados a esta Jornada destinada a celebrar el 50° Aniversario de la creación de la Escuela de Derecho de esta Universidad del Nordeste, originariamente delegación de la Universidad Nacional del Litoral, justamente en momentos que recibíamos en ella nuestro diploma de Abogados.

Esta Jornada es testimonio de la semilla sembrada, de la vocación despertada, pues se han unido capacitados docentes vocacionando alumnos que han tenido una participación destacada.

Los Profesores que acaban de vincular a la primera organización motivan mis recuerdos, Jorge Bencentrich Medina, miembro de la Academia que integro, María Antonieta Leonfanti que coordinó un seminario que dirigía Alejandro Grecca donde formalicé mi primer trabajo de investigación, y junto a ellos que se fueron y nos acompañan desde la inmortalidad de sus enseñanzas, como no recordar a Blanco, Artieda de Duré, Kesselman, Nicolini, junto a colegas con quienes hemos desarrollado tantas Jornadas como Beba Matusevich y Antonio Rinesi aquí presentes, y los amigos Ljudgar y Riser, por no nombrar a la nueva generación que ya va madurando discípulos, que es quién organizó esta excelente Jornada.

I - Durante esta Jornada alumnos inquietos guiados por vocacionados docentes han transitado sobre la idea de Empresa, sea en relaciones asociativas personificadas o contractuales.

Todas ellas encuentran en punto común en el sustrato de una relación de organización, aunque las técnicas jurídicas de concretarla sean variadas.

Nuestra visión la realizaremos desde en encuadre personal, donde iremos engarzando los tradicionales enfoques de la materia de la Responsabilidad Social Empresaria o Corporativa.

La empresa es sin duda el eje, como organización económica, para luego recalcar en las diversas formas de su organización o desarrollo, como técnicas jurídicas. Mostrar a que nos referimos cuando sostenemos que esa responsabilidad es “solidaria” que parte de un criterio comunitario más que jurídico, conforme señala el Libro Verde o el Informe Brundtland.

¹ Esta conferencia, pronunciada el 16 de agosto de 2005 en la UNE de Corrientes, se influyó en las excelentes conferencias que pudimos escuchar de *Luis Antonio Velasco San Pedro*, Guillermo Enrique Ragazzi, Víctor Zamenfeld en el Congreso Internacional de Derecho Comercial de la UBA en 2005 y de Vigo, Etcheverry y Embid Irujo en el panel que coordinamos en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tucumán 2004, de donde obtuvimos mucha información, sin perjuicio de nuestra particular visión sobre la cuestión.

² Agradeceremos los comentarios críticos o sugerencias a richardjuris@arnet.com.ar

Inmediatamente debemos referir al capital social, pero no al capital monetario estatutario, sino al grado de confianza en la comunidad, los vínculos con los consumidores, con los trabajadores cumpliendo con mínimos sociales. Importa señalar el viraje que se intenta a partir del economicista criterio sobre cual debe ser el interés social que guíe los deberes fiduciarios de los administradores de sociedades: maximización de la ganancia o de las utilidades de los accionistas, en una nueva perspectiva, imponiendo un nuevo sistema de información sobre la situación económica de la empresa, más descriptivo, dentro de los daños generados por la sectorización económica generada por una globalización más financiera que económica. A la postre mostrando que una reacción sobre lo que es la economía productiva debe también nacer de la recuperación de la ética.

Claro que la Responsabilidad Social Empresaria se suele presentar casi como una moda, “vendíendolo” en lo interno de las empresas como una cuestión de marketing, de mejorar la penetración en el mercado, sólo a través de trabajo comunitario del personal de la empresa, de donaciones a O.N.G., de mantenimiento de espacios públicos, que hasta a veces son contaminados por la propaganda visual y auditiva publicitando ese mantenimiento.

Desde el Derecho Comercial, particularmente para las empresas cotizadas nace como autoregulación los códigos de ética o reglas de “corporate goverment”, introducidos los informes Cadbury, Bradbury, de la Exchange Commision, Olivencia y Aldama, recogidos por el Dto. 677/01, para luego de los escándalos de compañías americanas y europeas la ley Sarbanés-Oxley, dirigidos a la conducta de Directores y Síndicos, pero incorporando aspectos de auditorías, donde referiremos si son obligaciones de medio o de resultados, o de resultados no asegurados.

El punto pasa por la información, la documentación contable, la Memoria y el Balance, no tanto en aspectos cuantitativos sino cualitativos, incluyendo también el insolvency test, el balance social, la afirmación para los directivos de la máxima “cumple y explica”, que se potencia en relación al asociacionismo de segundo grado, o sea a la política grupal societaria.

En el centro de la escena, en todo momento, los aspectos ecológicos, atendiendo a los daños que causa la contaminación sinérgica, y que esa contaminación no es sólo de desechos industriales sino también de la actuación contra el mercado, contra la competencia, particularmente a través de la empresa operando en insolvencia, con las reacciones contra ello en todo el mundo, particularmente en nuestro acceso a las leyes españolas de sociedades y concursos, o de Alemania.

II – La Empresa. La relación de organización empresaria, deriva de la observación de la realidad socioeconómica, donde se vinculan inteligentemente elementos materiales de capital y bienes entre los que hay los de cierta inmaterialidad como patentes de invención, marcas, licencias, etc.; personas físicas evidenciadas en los trabajadores, los técnicos, los administradores, y un elemento inmaterial fundamental cual es la planificación por la que se los une con un determinado propósito del que surge un sujeto físico responsable (individual o plural) que es el empresario. Tanto la organización económica como la jurídica lucen diversos órganos de coordinación y organización conforme la complejidad de la empresa. “Desde su formulación más simplista la idea de empresa esta vinculada al éxito de su organización, gestión, funcionalidad y resultados. El éxito no se debe vincular necesariamente al lucro o ganancias que resulten, ello estará condicionado al tipo de organización jurídica: O.N.G., asociación, fundación, mutualidad, sociedad civil o comercial. “La finalidad de la empresa no es simplemente la producción de beneficios, sino más bien la existencia misma de la empresa como comunidad de hombres que, de diversas maneras, buscan la satisfacción de sus

necesidades fundamentales y constituyen un grupo particular de servicios a la sociedad”(Juan Pablo II).

Planificación. Pero en cualquier tipo de organización jurídica, el éxito de la empresa esta vinculada a su sobrevivencia, o sea a que la misma tenga o genere elementos de financiamiento suficientes para mantenerse, incluso a través de subsidios. Una empresa que no se encuentre planificada para gestarse de esa forma no es empresa. Si no genera internamente o se dota externamente de medios para cumplir sus fines no es empresa, no atiende esa organización a una finalidad propia, sino a intereses de los fundadores, administradores, pero no a sí misma.

Interés de la empresa. Crisis. Para sobrevivir o maximizar sus ganancias, las sociedades comerciales –vinculadas directamente a una suerte de “empresas capitalistas”-, cuyo interés social fijado por los juristas en el cumplimiento del objeto social, ha sido visualizado por economicistas como la de maximizar las utilidades o valorizar las acciones de los accionistas, ha dado lugar a ciertos desvíos. Esta última posición ha tendido a justificar la actuación depredadora o de insensibilidad social de administradores de empresas, que se ha ido potenciado en la misma medida que se ha ido relajando la eticidad de la conducta pública, de los administradores públicos, contagiándola a la de los administradores privados o viceversa, en la íntima relación de la empresa capitalista con el Estado, sosteniendo por una parte la necesidad de privatizar empresas particularmente con mercado cautivo e incoherentemente con ello sostener la necesidad de obtener subsidios, reconocimiento de utilidades, eliminación de riesgos por parte del Estado. Se trata de alguna consigna de administradores societarios encaminados por la globalización financiera y de esos mercados, donde “los emisores en Delhi, París o San Pablo deben cumplir con las reglas impuestas por los inversores institucionales, si quieren acceder a los mercados de capitales internacionales”³.

También influyeron otros factores, como los escándalos que han saltado a la opinión pública (casos Enron, World Com, Tycon, Health South, etc.) y las nuevas reglas de la globalización⁴, con sus avances y retrocesos, sin olvidar por su alto impacto, las nuevas condiciones sociales que han recalado en América Latina. La crisis ha afectado las formas y los cometidos esenciales del Estado y su sensible repliegue ha producido fuertes fracturas sociales que condujeron a profundizar las diferencias entre los que acceden a más y los excluidos, es decir, los que pierden o superan hacia abajo el piso elemental de derechos individuales y sociales⁵.

³ FREMOND, Oliver y CAPAUL, Mirta *Corporate Governance: One size Fits All?* The World Bank Group www.worldbank.org/HotTopics.asp

⁴ Particularmente ante los efectos perniciosos de la actuación de sociedades off shore en Asia, África, el este de Europa y algunos países latinoamericanos –a los cuales no escapa la Argentina-, y que fueron protagonistas principales del desastre luego evidenciado en los casos Enron, World Com, Parmalat, Adecco y en investigaciones escandalosas en nuestro país, refiriendo que en la Capital Federal hay 16.000 inmuebles a nombre de sociedades *off shore*⁴, en el mundo globalizado se ha ido gestando la doctrina de la “responsabilidad social de la empresa”.

⁵ Sobre la cuestión de la exclusión social, Amartya Sen dice que se debe tener en cuenta las dos modalidades de desigualdad y trato desfavorable y carente de equidad -tanto en la exclusión como en la inclusión- y es necesario no confundir la una con la otra. “*Resulta que muchos de los casos más extremos de violación de los derechos humanos, tales como la negación de las libertades fundamentales, la tortura, el encarcelamiento sin juicio, la privación del derecho al voto, por una parte, y el hambre o la ausencia global de atención médica, por la otra, pueden muy bien ser debatidos dentro del formato de la “exclusión”. Sin embargo, debemos igualmente tener en cuenta aquellas violaciones de los derechos humanos entre las que figuran entre otras, el trabajo por obligación, el que se realiza en condiciones de explotación, la semi-esclavitud de niños, problemas ambientales,*

Responsabilidad social. Un posible planteamiento hace referencia a lo que se conoce con el nombre de *responsabilidad social*⁶. Lo que aquí ha venido preocupando principalmente son los efectos negativos que la mal llamada *racionalidad empresarial*, centrada en la maximización de beneficios, ha venido provocando en el entorno social de la empresa. Los dos tópicos fundamentales objeto de valoración son, por un lado, los daños medioambientales, y, por otro, los que podríamos denominar, por utilizar un término suave, la pérdida progresiva de calidad en las relaciones laborales. Respecto a este segundo aspecto, se denuncia el creciente *dualismo social* que provoca la política laboral de las grandes empresas, con sus continuos planes de reducción de plantilla⁷, incluso en circunstancias de resultados económicos positivos, y de precarización de las condiciones laborales de los trabajadores, con el aumento de los contratos temporales mal pagados (los llamados *contratos basura*) y la externalización de tareas en subcontratas o empresas de trabajo temporal, y la deslocalización de las actividades manufactureras a países del tercer mundo, donde los derechos laborales brillan por su ausencia⁸. Aunque el origen del debate sobre la responsabilidad social de las empresas no guarda relación temporal ni temática con el *corporate governance*, es indudable que algunas conexiones hay entre ambos, pues los impactos sociales negativos son el resultado de decisiones empresariales adoptadas dentro del sistema de gobierno de las compañías, y así ha sido advertido correctamente por algunos documentos de segunda generación del *corporate governance*, que vinculan ambas cuestiones⁹.

La responsabilidad social no es solo demandable a las empresas mercantiles, sino que ello comprende al gobierno, a las organizaciones de la comunidad y al ciudadano común, ya que al igual que los empresarios, también tienen ellos obligaciones con la sociedad.

La noción de empresa se ha expandido hacia otras formas o estructuras jurídicas, de modo que existen empresas que cumplen objetivos económicos y pueden existir empresas que revistan otras formas o estructuras jurídicas y cuyas finalidades no sean estrictamente lucrativas o económicas. Y sin embargo, a ellas también les caben obligaciones frente a la sociedad, aunque, seguramente, sus objetivos se hallan más cerca de éstas que los que pueden surgir de aquellas que no tienen incorporados en sus fines, prioritariamente, el bien común, el interés general o una actividad lucrativa.

Sin perjuicio de renunciar a tales objetivos, cabe pensar que la empresa puede contribuir al mismo tiempo, al logro de fines sociales y medioambientales, integrando la responsabilidad social como inversión estratégica en el núcleo de su estrategia empresarial, sus instrumentos de gestión y sus actividades.

La primera aproximación a la figura nos revela que la RSE está vinculada principalmente con el compromiso que asume una empresa hacia la sociedad, de raíces más profundas que el

etc., que pueden visualizarse más claramente como inclusión desfavorable". ("Exclusión e Inclusión", Conferencia sobre el tema "Incluir a los excluidos", organizada por "South Asians for Human Rights", 12.11.2001).

⁶ PERDIGUERO, *La responsabilidad social de las empresas en un mundo global*, Madrid 2003; SALINAS (dir.), *Responsabilidad social de las empresas y balance social*, Salamanca 2003 y ESTEBAN VELASCO y otros, *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Castellón 2005.

⁷ Por poner un ejemplo reciente, a finales de 2004 la *General Motors* dio a conocer sus planes para reducir 12.000 empleos en Europa, dentro de los 62.000 con que contaba en el continente (v. Diario *El País* de 13/10/2004, p. 56).

⁸ Si hablamos de *paraísos fiscales* para referirnos a deslocalizaciones motivadas por razones tributarias, aquí podríamos hablar de *infiernos laborales*, pues la situación de los trabajadores de estos países se asemeja en muchos aspectos a los de los antiguos esclavos (jornadas interminables, salarios míseros, ausencia de derechos sindicales y de previsión social, trabajo de niños, etc.).

⁹ *Informe Aldama*, ap. III.3, que apela a la *responsabilidad social* de las empresas cotizadas.

mero asistencialismo o la filantropía¹⁰ o una simple respuesta a las demandas sociales del entorno. Se trata por cierto, de una noción más abarcativa, compleja y profunda y en ello reviste la dificultad para su comprensión y aplicación.

En muchos casos la misma está presentada como un programa de marketing de la empresa hacia la comunidad. Recordemos que el mercado se gesta de empresas que compiten por lograr el interés de los consumidores en sus productos. Por eso aparecen, particularmente en Latinoamérica, en forma asistemática y esporádica. Ante ello debemos ponderar esta Jornada académica para poner de resalto esa “responsabilidad social”.

Ética. La RSE está vinculada con la llamada “ética de los negocios”, dimensión que requiere ser profundizada, tanto desde el punto de vista interno de la empresa (como valorización del trabajo y las relaciones humanas) como del externo y sus relaciones con otras empresas¹¹. La RSE está referida a la capacidad institucional de responder a necesidades o demandas sociales, mediante procedimientos y mecanismos que permiten anticipar y reaccionar ante dichas circunstancias en prácticas y formas fructíferas, contrubuyendo, voluntariamente, al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio¹².

Jannik LINDBAEK, Presidente de Statoil ASA (Noruega), en un seminario desarrollado en Caracas, 26 de junio de 2003, conferenció sobre “La ética y la RSE”: Explicó que estos nuevos vientos, se originan en la experiencia de los años 1990, cuando los mercados de capitales en el mundo subieron en promedio 3 a 4 veces desde 1992 hasta la primavera del 2000, aumento mucho mayor del que uno podría haber anticipado basándose en la tendencia a largo plazo, tras lo cual “sobrevino un retroceso muy doloroso, exacerbado por la incertidumbre creada por los acontecimientos del 11 de septiembre y, más recientemente, la guerra de Irak. Hemos visto algunos escándalos: Enron, Worldcom, para mencionar sólo dos casos. Las debilidades en gobernabilidad corporativa se han hecho evidentes y son objeto de mucho debate a nivel mundial”. Bajo estas circunstancias, es natural que haya cuestionamiento en torno a los estándares sobre la ética en los negocios y en general, “pero el problema de más largo alcance, el mayor reto al cual se enfrenta la humanidad, es el de reducir la pobreza” y para que ello ocurra es menester que exista crecimiento económico, y “para que sea sostenible en el tiempo es necesario que eche raíces en una sociedad que funcione bien. Por lo tanto, la relación entre la empresa y la sociedad tiene importancia vital ... Es posible que una compañía pueda hallarse rápidamente perdiendo la batalla frente a la opinión pública porque la compañía no estaba cumpliendo las expectativas en el campo de la responsabilidad corporativa Visualizamos un tipo de círculo virtuoso con una sociedad con un buen sistema político, trabajando bajo principios de buena gobernabilidad, buen acceso a la educación, respeto a los derechos humanos, un sistema legal que funciona bien, el apego a un elevado estándar ético y bajos niveles de corrupción. Presumimos también la existencia de instituciones financieras y mercados que funcionan bien. Todos esos elementos son importantes para la creación de un ambiente que permita, que es tan necesario para un sector privado en buen funcionamiento. Las inversiones del sector privado fluirán sólo si tenemos la capacidad de atraer más inversión privada. Inversión privada, nacional y extranjera, constituye un elemento esencial de este círculo virtuoso algunas partes interesadas podrían sostener probablemente que una compañía no debería asumir otras responsabilidades fuera de la dictadas estrictamente por los intereses financieros o económicos de sus propietarios.

¹⁰ Se entiende por filantropía a la donación monetaria (o en especie) que efectúa una empresa, en la mayoría de los casos como una respuesta a pedidos de organizaciones sin fines de lucro. En este caso, no existe un uso planificado y controlado de la misma. No existe involucramiento activo de la empresa en su instrumentación.

¹¹ ALEGRIA, Héctor *Humanismo y Derechos de los Negocios*, La Ley, T° 2004-E, punto IV.).

¹² Libro Verde, Unión Europea, 2001.

Algunos podrían decir que al maximizar sus ganancias la compañía está cumpliendo igualmente con su función social más importante. Otros mantendrán que las compañías tienen algo así como una licencia de operar concedida por la sociedad y que como condición de esa licencia la compañía tiene que aceptar la obligación de desempeñar un papel más importante en la sociedad”.

En el Norte de Europa las Pymes tienen una actividad de responsabilidad social más comprometida (Finlandia, Dinamarca, Islandia y Noruega) y también el centro (Austria, Lichtenstein). En cambio, en el sur (Europa, Italia, Grecia), Francia y el Reino Unido, las Pymes se implican menos, por razones culturales, diferentes expectativas de la sociedad con las empresas o diferente desarrollo de los grados de bienestar, allí, las actividades de RSC son ocasionales y no están vinculadas a la estrategia de la empresa (del informe de Snijders y Van der Horst, del año 2002, de “Las Pymes Europeas en estudio”, disponible en Internet).

Responsabilidad social de la empresa, implica un compromiso solidario de todas ellas, en los diversos planos que podríamos reconocer en atención a la funcionalidad de la organización empresarial. El tema está conformado por una sustancia compleja, por lo novedosa y por la pluralidad de ámbitos que abarca, donde el derecho Comercial por cierto no es protagonista.

La materia ha sido intensamente asumida por la Unión Europea (UE), es parece decisivo tratar predominantemente la propuesta desarrollada por esa Comunidad, receptando lo que alguna doctrina al respecto venía proponiendo desde hace tiempo atrás (los textos de Castillo Clavero y de Sturzenegger – Flores Vidal – Sturzenegger).

Para la Comisión de las Comunidades Europeas (en adelante la Comisión) el concepto de responsabilidad social de las empresas, también referida en algunos textos como responsabilidad social corporativa, se define en su Libro Verde, destinado a “Fomentar un marco europeo para la RSE”, como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”, teniendo en cuenta para ello –según se dice en una comunicación posterior, que aquí llamamos la Comunicación- “que las empresas son cada vez más conscientes de que un comportamiento responsable genera éxitos comerciales duraderos”. Fluye de allí el triple marco de referencia al que pretende apuntar la Unión Europea (UE).

Ana M. Castillo Clavero, señala que la RSE es “la obligación ética, voluntariamente aceptada por la empresa como institución hacia la sociedad en conjunto, en reconocimiento y satisfacción de sus demandas o en reparación de los daños que puedan haberle sido causadas a ésta en sus personas o en su patrimonio por la actividad de la empresa” (en “El resurgir de la responsabilidad social de la empresa en los umbrales del Siglo XXI”, publicado en Internet).

Como se advierte, no se trata de una responsabilidad por daños individual, sino de una generada por una determinada actuación colectiva, que tienda a producir beneficio material a la sociedad y, en consecuencia y por ello, a cada uno de sus integrantes en particular, configurando así un verdadero “derrame” para con la comunidad toda.

De modo similar a la UE, en enero de 1999 las Naciones Unidas a través de su programa “Global Compact”, habían ya promovido las buenas prácticas a la manera de las RSE.

Forma. La Comisión presentó en el año 2001, el ya referido Verde, con el objetivo estratégico establecido en Lisboa, en la cumbre de marzo de 2000, de convertir a Europa en “la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crear económicamente de manera sostenible más y mejores empleos y con mayor cohesión social”, contribuyendo así a la idea de desarrollo sustentable; trajo a tal fin como instrumento concreto

una mecánica comunitaria de debate y fomento del concepto de RSE que permitiera definir los medios para desarrollar una acción enderezada a instaurar un marco europeo de promoción de la RSE.

Las soluciones aportadas en este proceso de la *responsabilidad social*, son asimismo diversas. Igual que sucedía con las primeras propuestas del *corporate governance*, han venido predominando sobre todo las recomendaciones y las llamadas a la autorregulación, de manera que las compañías deberían establecer Códigos éticos en relación con estas cuestiones. No faltan, sin embargo, propuestas de mayor intervencionismo público en estas materias, en particular en lo que se refiere a la información que deberían aportar las empresas sobre los efectos medioambientales y laborales que provoque su actividad. En este sentido, cabe citar la recomendación europea sobre la información medioambiental en las cuentas anuales de las compañías, y las normas existentes en algunos países europeos, como es el caso de Francia, sobre el llamado “balance social” (*bilan social*), que obliga a las empresas de mayores dimensiones a someter anualmente su política en materia laboral a los representantes de los trabajadores y a sus propios accionistas¹³.

Frente a lo que vivimos en la última década del Siglo pasado, ante la transferencia de empresas al extranjero, veamos que sucedía en Francia. Joan SUBIRATS¹⁴ expresaba: “Cuando la sociedad francesa escucha a su primer ministro (frente a problemas sociales de índole empresaria, que envolvían el despido de trabajadores por cierre de plantas para trasladarlas al exterior) decir que no puede hacer nada, muchos se habrán preguntado ¿y esta política de qué va?, porque teóricamente nosotros escogemos una gente para que se preocupe de problemas colectivos y cuando surge un problema que aparentemente forma parte discrecional del ámbito de gobierno, dicen que no pueden hacer nada. ¿Entonces para qué sirven los políticos? Esta especie de contradicción se da cada vez mas. El Estado se descarga de problemas porque dice que el mercado se ha desterritorializado, o sea la economía se ha desterritorializado. Pero el Estado sigue territorializado y entonces es incapaz de seguir el ritmo del mercado”. La contradicción que planteaba el politólogo, es de índole diversa y al mismo tiempo similar a la que aquí pretendemos explicar. Dicho en otros términos, seguramente mas contundentes, la pregunta es: ¿así entendida la RSE, como la define la UE, podrá ser aplicada voluntariamente entre nosotros? Seguramente no y por lo dicho, lo que no impide su análisis, antes bien plantea la necesidad de pensar reglas particulares para nuestra zona de comercio común y para la empresa.

Vista la empresa como una unidad económica y social, que planifica o programa el mercado en su integridad, conformando metodologías de producción y comercialización, autoimponiéndose planificación para obtener rentabilidad¹⁵.

No obstante, en nuestra región la materia en su integridad nos parece tan lejana, como la posibilidad de nuestra sociedad de llegar a los niveles de desarrollo de la UE, lo que no puede inhibir tratarlos, incluso para tener claros los límites prácticos que entre nosotros aun existen para lograrlo. En un marco de desarrollo sólido, sostenido y sustentable, la RSE

¹³ Este documento fue establecido en el año 1971 tras un periodo de reflexión teórica liderado por Jacques Delors. En la actualidad se regula en los artículos L.438-1 y ss. del Código del trabajo francés. En el balance social el empresario debe aportar los principales datos que permitan apreciar la situación de la empresa en el ámbito social, comportando, concretamente, información sobre el empleo, la remuneración y cargas accesorias, las condiciones de higiene y seguridad, las demás condiciones de trabajo, la formación, las relaciones profesionales así como las condiciones de vida de los trabajadores y sus familias en la medida que dependan de la empresa. MUGARRA, “Responsabilidad Social, Balance Social y Empresa Social”, en SALINAS (dir.), *Responsabilidad social...* cit., pp. 137 y ss.

¹⁴ En “Página 12” del 18/abr/2005, pág. 13.

¹⁵ Nto. *Las relaciones de organización. El sistema Jurídico del Derecho Privado*, 2ª edición, Advocatus, Córdoba 2002, págs. 263 y 324.

aparece como forma seria –una de tantas- de distribución equilibrada de la riqueza de recursos de una comunidad; su conocimiento permite desmitificar la tesis del ya mencionado “derrame”, esa supuesta teoría sobre la prosperidad que con atrayente apariencia y hasta bajo nombre atractivo se nos pretendió mostrar a los argentinos como panacea apta para mejorar la vida de todos, particularmente en la década del noventa del siglo pasado¹⁶.

Autoregulación. Muchas empresas han suscripto códigos de ética o de conducta, en virtud de los cuáles la propia organización y sus directivos asumen específicos deberes de lealtad, transparencia, responsabilidad, control de gestión, información y en suma, eficiencia de la gestión. Sin embargo, la propia existencia de tales códigos no asegura que la empresa y sus directivos se ajustarán a sus normas y a sus principios.

Lo importante es que los códigos deben reflejarse en lo cotidiano, en hechos concretos y no consistir en meros enunciados organizacionales alejados de toda realidad. El contar con un código de ética no hace éticas a las personas ni, por ende, a las empresas.

Si un código de ética estuviera centrado sólo en las normas y no contara con el auxilio de las virtudes, sería un documento difícil de observar. Por el contrario, si tuviera en cuenta los valores considerados aisladamente, se trataría de un ideal abstracto, alejado de las acciones diarias. Un código de ética desconectado de los bienes que se pretenden alcanzar puede convertirse en un pretexto para imponer arbitrariamente unas ideas. Sólo desde esta nueva perspectiva se comprende que este código ha de inculcar en las personas valores morales para que ellas mismas, se propongan aceptar normas y desarrollarse como personas, mediante el despliegue de las virtudes¹⁷.

Contenido.

La RSE es así la que la sociedad comercial, empresa o agrupamiento de cualquier tipo, asume frente a la sociedad. A su vez, la sustentabilidad, criterio íntimamente ligado a aquél, ha sido desarrollado a partir del trabajo de la Comisión Brundtland sobre medio ambiente y luego se extendió a áreas tales como los derechos sociales, laborales y la lucha contra la corrupción.

Puntos centrales de la responsabilidad social de la empresa son:

1. Buen trato a su personal con todo lo que ello conlleva.
2. Preservación del medio ambiente, cuidado del planeta y del entorno.
3. Colaboración en el desarrollo del país, de sus propósitos, particularmente cuando actúan fuera de sus fronteras.
4. Cumplimiento estricto de sus obligaciones fiscales del lugar en donde se desarrolla su actividad principal o por establecimientos o sucursales.

Correlativamente con esto se trata de no actuar afectando la competencia, al no cumplir con leyes previsionales o fiscales, o con los proveedores, o contaminando su estado de cesación de pagos, para presentarse tardíamente en concurso afectando los derechos de los acreedores y del crédito en general, y de la seguridad jurídica del país.

5. Juego limpio con los consumidores en el mercado.

¹⁶ Nuestro *Realidad, Economía y Derecho* en página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar y también en libro editado por la Academia año 2004. Sturzenegger - Flores Vidal – Sturzenegger, “Hacia una cultura de la responsabilidad social empresaria en Argentina”, publicado en Internet, página de la organización COMUNIDAR, Foro Económico Social, que con un enfoque diverso del que aquí hacemos, formulan interesantes reflexiones sobre la RSE y la situación argentina al respecto.

¹⁷ DEBELJUH, Patricia, “Los códigos de ética deben reflejarse en lo cotidiano”, La Nación, 23.04.2005, Suplemento: Responsabilidad Empresaria, pág. 2.

6. Integración correcta y social al medio en que se instalan, colaborando con los programas sociales.
7. Buenas prácticas en los países en desarrollo, cuando las empresas de países desarrollados trascienden sus fronteras, lógicamente con más razón, se pide esta conducta dentro de las fronteras propias, particularmente respecto de los proveedores, facilitándoles títulos de sus créditos, como prevé la ley de Factura de crédito, cuidadosamente boicoteada por las grandes empresas que se financian de las pequeñas empresas proveedoras.
8. Dentro de las prácticas limpias se condena el uso de la corrupción desde la empresa hacia el funcionario gobernante o al revés.

Esa conducta de la empresa, implica la de los administradores jurídicos, que deben actuar de buena fe, leal y diligentemente, y no basta que la acción se haga para lograr una ventaja fiscal, sino que debe estar dirigida a la política de empresa, con todo su personal.

Ecología. Suele presentarse como el problema central el de respetar los presupuestos del debido cuidado del planeta Tierra, conforme a un criterio o “conducta ambiental solidaria”. En este punto la pregunta es que es “solidaridad”, que nada tiene que ver con el tema de la teoría de la Responsabilidad Civil, sino con una obligación ética, ello sin perjuicio de alguna extensión de esta responsabilidad social a generar una obligación solidaria, por ejemplo por no poderse individualizar el causante del daño, como en la contaminación sinérgica, que planteamos en Congresos Internacionales en el año 1972.

Advertido a tiempo que el hombre, y particularmente cuando actúa en forma organizada es el principal factor de destrucción del hábitat natural, generando efectos que han llegado a afectar especies faunísticas o forestales, alterando el clima particularmente al afectar la capa de ozono, derritiendo los hielos, alterando los regímenes de lluvias, empobreciendo zonas por sequía, el hombre ha empezado a reaccionar.

Así se empiezan a dictar normas sobre el uso del suelo, del agua potable, de los bosques, del tratamiento de los desechos industriales, de la basura, uso racional de la energía, como protección de los recursos naturales.

Adviértase las recientes normas sobre uso racional de la energía y recargo de tarifas al sector industrial, a fin de obligar a éstas a mejorar las formas de producción o intercambio de bienes y servicios, para referir uno de los temas que trasciende de la “responsabilidad social de las empresas”, para incorporarse al campo del derecho coactivo, o formas disuasivas de no cumplir con esa responsabilidad social. En igual sentido las sanciones por contaminación por la falta de tratamiento de basura o desechos industriales.

Adviértase de inicio que, en la propuesta de la Comisión, la RSE es –por su contenido– una cuestión de índole voluntaria, que debería ser solidariamente asumida por las empresas y no –al menos en este estadio– impuesta por el Estado, pese a versar sobre un tema profundamente colectivo. Es una contradicción de difícil solución. Es que en tal sentido no puede perderse de vista que las reglas de carácter obligatorio llevan implícito el criterio de que son tales porque no aportan valor a la empresa, ya que si lo tuvieran se las aplicarían sin esperar normas legales que las impongan¹⁸.

No obstante so pretexto de entretener o justificándolo en inversiones en función social, empresas contaminan sonora o visualmente lugares de esparcimiento, alterando la tranquilidad con música y avisos o modificando el entorno visual con banderas o carteles.

¹⁸ BAJO ALBARRACIN, Juan Carlos *Formular un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Madrid, 19/dic/01 (Internet).

Mínimo social. Otro aspecto es la faz comunitaria. La misma tiene a su vez varias facetas, una casi interna que es la relación con los trabajadores, y otra con el lugar donde viven esos trabajadores y desarrolla su actividad la empresa.

Esa faz tiene así proyecciones sobre la forma de vida de los trabajadores, y la educación, alimentación y salud de la comunidad, para mantener la capacidad de trabajo y generar a su vez una capacidad laboral futura para la propia empresa y el desarrollo del mercado consumidor. Paralelamente, los países ya desarrollados garantizan la subsistencia de sus empresas (sociedades o grupos) generando trabas arancelarias o paraarancelarias a los productos de países emergentes que no respetan el “mínimo social” o sea los salarios o seguridad de los trabajadores, por considerarlas prácticas de “dumping”; imponiendo sus legislaciones de protección a los derechos intelectuales para recibir los fondos por las licencias en su balanza de pagos. Y, ante la necesidad de capitales, por su prestigio y recursos de su balanza de pagos, absorben cuando necesitan fondos del mercado mundial aumentando las tasas de sus bonos públicos (Bonos del Tesoro de U.S.A.), generando corridas de los capitales golondrinas, hoy acentuada por un pánico autogenerado por sus conductas especulativas anteriores.

La vivienda y la urbanística de la propia empresa en la comunidad, y la de los trabajadores es un engarce de aspectos ambientales, de contaminación sonora o por humo – aunque fuere inocuo-, de planificación de traslados, del costo de los mismos en su incidencia en el salario, y del tiempo libre que hace que la comunidad y los trabajadores abracen la defensa de la política de la empresa como cosa propia, en beneficio del propio desarrollo y utilidades de la empresa.

Internamente, cada área de la empresa es una responsabilidad social. Cada sector debería identificar los valores que se impulsan y actuar de consuno de modo que si toda la empresa es responsable, es porque esta filosofía envuelve su misión.

Respecto a los campos abarcables, la respuesta está relacionada con diversos factores: sus actividades específicas, su dimensión, su lugar territorial, su relación con la comunidad donde está instalada y luego, las cuestiones sobre las cuáles la responsabilidad social puede concretarse o medirse. En este sentido, el denominado Pacto Global Mundial (Global Compact), identifica a través de ciertos principios, temas relevantes¹⁹, aunque el Pacto, en su proyección actual, no solo involucra a las empresas, sino también a todos los actores sociales, a los gobiernos y a los ciudadanos.

Actitud comunitaria. El aspecto quizá más difundido es el de la que llamamos faz solidaria o comunitaria, donde siempre se enlazan otras facetas, que hace a la inversión de cierta utilidad, como del trabajo de directivos y/o trabajadores se destine no a la empresa sino en “función social”.

De esto da cuenta La Voz del Interior, diario de Córdoba, en sus ediciones sucesivas de los días sábado 13 y domingo 14 de agosto de 2005, difundiendo la primera “una encuesta –realizada por la Universidad de San Andrés- sobre responsabilidad social empresaria”

¹⁹ Los principios del Pacto Mundial son: 1) las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos reconocidos dentro de su esfera de influencia. 2) deben asegurarse de no actuar como cómplices de violaciones de los derechos humanos; 3) se pide a las empresas que apoyen la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; 4) que promuevan la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio; 5) que promuevan la abolición efectiva del trabajo infantil; 6) que promuevan la eliminación de la discriminación en relación con el empleo y la ocupación; 7) las empresas deben apoyar un criterio de precaución respecto de los problemas ambientales; 8) adoptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad social; 9) fomentar el desarrollo y la difusión de tecnologías ecológicamente racionales y 10) las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas extorsión y criminalidad (principio de Anti-corrupción, incorporado posteriormente).

conforme la cual el 93% de las empresas consultadas –con oficinas en la Capital Federal– realizaron el año anterior contribuciones económicas o colaboraciones con la comunidad. Las ONG fueron el principal destino de las colaboraciones en dinero o en especie. El destino de las contribuciones fue el de educación básica, superación de la pobreza, salud y niñez. En la segunda publicación, se reporta a la presidente de una ONG Corporate Voices for Working Families, tratando de hacer conocer y replicar “los programas que las empresas con mejores prácticas tienen para las familias trabajadoras sean replicadas en otras firmas”, en “un nuevo enfoque teórico, una forma de responsabilidad social que no se traduce en filantropía ni donaciones, sino que hace foco en los trabajadores”.

De esta última posición podemos advertir una indirecta crítica a las empresas que asumen esa “responsabilidad social” como formas de marketing, externas a la empresa con publicidad de mantenimiento de plazas o escuelas, con una acción directa en el entorno de sus trabajadores y de la comunidad que hemos descripto.

Competencia. Proveedores.. A nuestro entender esa responsabilidad social se extiende a obligaciones con los proveedores, suscribiendo contratos justos de subprovisión, incluso documentando en la resistida “factura de crédito”, aceptada en todo el mundo, y con plazos bien cortos para evitar los abusos que se advierten en nuestro país.

No quedan afuera las obligaciones con los acreedores, evidenciado en la política concursal, sobre lo que volveremos..

Balance social. Capital Social. La construcción y avance de la RSE está también relacionada con el grado de participación e interés de la propia sociedad civil. Por ello, cuanto mayor “capital social” exista, mayores serán las posibilidades de que la RSE no sea una moda.

La cuestión del capital social, asociada a la RSE, resulta determinante del éxito de ésta. En efecto, el capital social consiste en el grado de confianza existente entre los actores sociales de una sociedad, las normas de comportamiento cívico practicadas y el nivel de asociatividad que la caracteriza, de modo que aquellas sociedades que cumplen con estos principios, evidencian un grado de fortaleza mayor en la composición e integración de su tejido social.

El capital social se torna relevante en toda sociedad y más aún en sociedades como las de los países emergentes, donde se advierte un debilitamiento de la confianza del ciudadano y de las instituciones, como tales. No puede soslayarse que una sociedad carente de credibilidad y motivada solo por el interés propio, encontrará muchas dificultades para solucionar sus problemas colectivos, como los institucionales.

Sin embargo, el capital social no está vinculado con la existencia o no de comunidades pobres. Una comunidad puede carecer de recursos económicos pero tendría capital social. Las comunidades pobres poseen normalmente todos los elementos constituyentes del capital social: valores compartidos, cultura, tradiciones, sabiduría acumulada, redes de solidaridad, expectativa de comportamiento recíproco.

La construcción y avance de la RSE está también relacionada con el grado de participación e interés de la propia sociedad civil. Por ello, cuanto mayor “capital social” exista, mayores serán las posibilidades de que la RSE no sea una moda.

La cuestión del capital social, asociada a la RSE, resulta determinante del éxito de ésta. En efecto, el capital social consiste en el grado de confianza existente entre los actores sociales de una sociedad, las normas de comportamiento cívico practicadas y el nivel de asociatividad que la caracteriza, de modo que aquellas sociedades que cumplen con estos principios, evidencian un grado de fortaleza mayor en la composición e integración de su tejido social.

El capital social se torna relevante en toda sociedad y más aún en sociedades como las de los países emergentes, donde se advierte un debilitamiento de la confianza del ciudadano y de las instituciones, como tales. No puede soslayarse que una sociedad carente de credibilidad y motivada solo por el interés propio, encontrará muchas dificultades para solucionar sus problemas colectivos, como los institucionales.

Sin embargo, el capital social no está vinculado con la existencia o no de comunidades pobres. Una comunidad puede carecer de recursos económicos pero siempre tiene capital social. Las comunidades pobres poseen normalmente todos los elementos constituyentes del capital social: valores compartidos, cultura, tradiciones, sabiduría acumulada, redes de solidaridad, expectativa de comportamiento recíproco.

3º) El *Informe Olivencia*, por su parte, se centró en el tema de las relaciones del Consejo con los auditores. En este punto consideraba que el Consejo debía “adoptar las medidas necesarias para asegurar que los auditores realizan su misión convenientemente y, en especial, que trabajan libres de interferencias de la línea ejecutiva”. Dentro de estas medidas se estimaba fundamental el establecimiento de la ya señalada Comisión de Auditoría, con las competencias que se han visto.

En cuanto al punto central de la independencia de los auditores, se indicaba en este informe que no era su misión revisar la procedencia de nuevas regulaciones. No obstante, se expresaba la opinión de que la mejor garantía de independencia “estriba en la reputación de las firmas auditoras, pues todas ellas tienen fuertes razones comerciales para conservarla e incrementarla”. Para evitar desviaciones en este punto, se recomendaba que se verificase el grado de diversificación de las auditoras y que la compañía se abstuviera de contratar aquellas firmas en la que los honorarios recibidos de la sociedad representen un porcentaje significativo (por ejemplo, del 10 por 100) (ap. II.11.2).

4ª) Ha sido la *Ley financiera* de 22/11/2002 la que ha supuesto, en el marco de los desarrollos de *corporate governance* de segunda generación, una reforma significativa del estatuto de los auditores, claramente con la idea, presente en otras reformas legales, de incrementar la independencia de los auditores como mejor medio de precaver los peligrosos conflictos de interés. Concretamente las reformas se refieren al acceso a la profesión y la formación continuada, el sistema de incompatibilidades (nuevo artículo 8 de la LAC), la responsabilidad civil (nuevo artículo 11 de la LAC) y el régimen disciplinario de los auditores (artículos 14 y ss. de la LAC).

Esta reforma, sin embargo, provoca cierta decepción, máxime si la comparamos con otras coetáneas del Derecho comparado. Por utilizar una expresión piadosa, hay una cierta desarmonía entre los fines teóricamente perseguidos y el resultado obtenido. Ello se deja ver, sobre todo, en materia de incompatibilidades, donde el mayor casuismo de las nuevas formulaciones, no deja de producir la impresión de que, más que incrementar el grado de exigencia en aras a una mayor independencia de los auditores, en ciertos casos suministra una coartada formal para mantener situaciones con importantes peligros de conflicto de interés²⁰. Algo se ha avanzado, no obstante, en relación con los peligros de acomodamiento y fidelización de los auditores con las firmas auditadas, al establecer ahora el nuevo artículo 8.4 de la LAC, la *rotación del equipo de auditores* transcurridos siete años de su nombramiento, si se mantiene la misma firma de auditoría, en relación con entidades sometidas a supervisión pública, sociedades cotizadas y sociedades con importe neto de la cifra de negocios superior a los treinta millones de euros. Esta medida, sin ser la auténtica rotación de auditores, o

²⁰ Por poner un ejemplo, el nuevo artículo 8.i) de la LAC establece la incompatibilidad, tantas veces reclamada, entre auditores y abogados, pero en el fondo se permite a una misma organización simultanear estos servicios cuando se presten por personas jurídicas distintas con Consejos de administración diferentes.

sustitución de firma de auditoría tras un determinado periodo de actuación, que aconsejaban algunos documentos del *corporate governance*, como el *Informe Cadbury*.

5º) El *Informe Aldama* aborda también algunos aspectos que guardan relación con el control externo de las compañías. En cuanto a los auditores manifiesta su acuerdo con el marco establecido por la Ley financiera, si bien estimando que “las sociedades deberían especificar los sistemas de control de los contratos ajenos a la propia auditoría de cuentas que realicen estas empresas, así como la necesidad de su aprobación por la Comisión de Auditoría y Control, y el reflejo de las mismas en la memoria anual” (ap. V.1).

II – DESDE EL DERECHO COMERCIAL.

El Derecho Comercial no fue ajeno a ello, y se intentó asumir esa responsabilidad social, que en realidad era una respuesta a los abusos, a través del llamado reglas de ética del buen gobierno, o las “*corporate governance*”, la transparencia de la información, la contabilidad.

Mas allá de la transparencia que debe ser de la esencia de la actividad mercantil y apoyada en ella, sin que interese la dimensión de las empresas, aparece el tema de los estados contables, esa información detallada, veraz y objetiva, que año a año nos presenta, según la doctrina tradicional, la “fotografía” de la sociedad en un momento dado.

Desde la óptica de la RSE, esa imagen no sólo deberá reflejar los aspectos económicos, sino los sociales y medioambientales, a lo que agrega el Consejo de la UE en su resolución del 6 de febrero de 2003, “Relativo a la RSE” “la salud y seguridad en el trabajo y la gestión de recursos humanos”, propuesta más que ambiciosa que, por su extensión motiva que, al cierre de la Decisión, se limite –para su desarrollo concreto- a formular una serie de recomendaciones que apuntan a un futuro, que parece no muy cercano. Alguna doctrina comienza a desarrollar la idea del “balance social”, el triple balance de la Comunicación, punto 5.3., postulando –como forma concreta de transparencia ya en parte consagrada por alguna legislación europea- la obligatoriedad de publicar un balance que además de los resultados económicos, incluya los sociales y los medioambientales, forma concreta de que la empresa asuma su RSE.

Auditoría. Se trata fundamentalmente de los controles de auditoría independiente. El auditor ya no certifica sino opina la razonabilidad de las derivaciones contables, históricas, imponiéndose que no tenga diferencias significativas. Pero ese dictamen es un resultado garantizado (obligación de resultado y no de medios)

Los directores, en la gran empresa, actúan conforme la opinión de los consejeros y bajo el control de auditorías.

Que si posteriormente al balance ambiguo se producen inversiones, o contratan terceros con la sociedad que se encontraba en insolvencia y no hubiera admitido un “*insolvency test*” no requerido por nuestro sistema jurídico de capital fijo....

Se amparan en una legislación que ellos mismos producen a través de los Consejos Profesionales, que les permite eludir responsabilidad a través de notas o reservas o explicaciones confusas.

Pero la cosa no es tan clara como parece, ni su aplicación concreta y completa parece ser algo que tendrá plena vigencia en el corto plazo. Razones prácticas lo explican. En ese sentido se critica que la proliferación de entidades de consultoría y análisis de la RSE y la inversión responsable, ha derivado en un exceso de informes, rankings y metodologías que ‘*confunden*’ a las empresas en lugar de ayudarlas; paralelamente, están surgiendo numerosas críticas acerca de los métodos que desenvuelven estas firmas de análisis, al punto que se afirma que existe la posibilidad de que se esté generando un ambiente de ‘mucho ruido y

pocas nueces'. Como los resultados del estudio referido fueron pobres, la referida Agencia señaló que existe “una reducción de la confianza en los resultados de alguno de estos productos, que son criticados desde distintos ámbitos, en lugar de erigirse en instrumentos que ayuden a las empresas a mejorar su gestión medioambiental y financiera”.

La autoregulación también se intentó respecto de los Directores, Síndicos y Auditores. Enfrentando la objeción formulada por la *Securities and Exchange Commission* de los Estados Unidos sobre la acumulación de funciones²¹, seguida por la SEC (Comisión de Valores), considera que hay incompatibilidad entre la prestación de servicios de teneduría de libros y la auditoría de estados contables realizados por el mismo profesional o firma de profesionales.

La AICPA (derivado del Informe Treadway también cuenta con una investigación realizada sobre este tema que concluyó con el llamado Informe Cohen que adoptó una posición menos restrictiva. Así por ejemplo, un auditor que provee servicios gerenciales a un cliente puede no mantener un punto de vista independiente; en similar sentido el informe Metcalf donde sostuvo que “la mejor política es que las firmas contables de las empresas que cotizan sus acciones presten sólo servicios relacionados con la contabilidad, por tanto el reclutamiento de gerentes, análisis de mercado, diseño de plantas, análisis de productos o servicios actuariales, son incompatibles con las responsabilidades públicas de los auditores independientes y deberían ser discontinuados”. La práctica demuestra hasta hoy que un mismo “Estudio” o “Firma” presta servicios de asesoramiento, de sindicatura y de auditoría a través de distintos profesionales pertenecientes al “Estudio”. Lo que hemos referido por el reemplazo de la sindicatura por una auditoría en la ley de sociedades comerciales, permite señalar la inconveniencia de la compatibilidad de funciones entre un síndico y un auditor, pues generaría una impresión de dos labores independientes de control, cuando en realidad estaríamos frente a dos manifestaciones de una única intervención –aunque se haya cumplido con planes de labor diferentes-.

A la postre se toleró que “las empresas produjeran informes poco precisos, muchas veces amañados, pero que demostraran notables ganancias, de modo tal de seguir alentando a los inversores a destinar sus ahorros a las acciones, bonos y demás títulos privados”²².

Es evidente que la autorregulación que imperaba en las firmas de profesionales de ciencias económicas no ha bastado, pues ha primado un criterio economicista, más no jurídico ni ético²³. Se ha tratado de mantener la auditoría como forma –y fuente de importantes ingresos económicos-, pero tratando de eludir toda responsabilidad, a través de anotaciones o reservas que formulan. Indirectamente se acepta o se reconoce la aleatoriedad de la información contable que se esta brindado a través de los mismos profesionales en las Ciencias Económicas. Conforme a ese criterio las prevenciones que formaliza la propia profesión, una Norma Internacional de Auditoría determina que el auditor no es responsable de la prevención de fraude y error, teniendo por fraude un acto intencional de la administración, personal o terceros, que da como resultado una representación no veraz de los estados contables o financieros.

Adviértase que esas firmas dan consejos durante todo el año para la gestión, particularmente en la forma de elusión fiscal, creación de compañías paralelas o controladas, aumento de remuneraciones al CEO que los contrata, operaciones marginales; luego no

²¹ Puede verse en Universo Económico, año 3, n° 16, marzo 1994, el veredicto del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal como “*Fundamentos de la compatibilidad de funciones*”.

²² BARREIRO y otros p. 136.

²³ El caso Mc Kesson & Robbins marco la ratificación de un período de autorregulación de la profesión contable que tiene su comienzo remoto en el año 1917 con la edición de “boletines técnicos” y llega a su terminación con el caso Enron.

podrán cuestionar como síndicos o auditores las operaciones vinculadas a esos consejos –y que motivaron pingües ingresos a los profesionales-, reduciéndose a producir solapadas observaciones para eludir posterior responsabilidad. La otra costumbre de que el Síndico emita su opinión adhiriendo al consejo de los auditores parece hacer superflua su figura.

Luego del caso Enron, la conducta impropia de algunos de los miembros de Arthur Andersen ha destruido la credibilidad de las auditorías en general, y el público considera que los auditores independientes sucumben a la tentación de acomodar los números a gusto del cliente sin respetar su deber de preservar la confianza pública, situación que puede derivar en acciones de reclamos de accionistas y acreedores contra síndicos y consultores, incluso abogados²⁴.

Obligación de medio o de resultados. Como punto inicial no parece controvertible si la gestión de los administradores, síndicos y auditores constituye una obligación de medios o de resultados²⁵, aunque la doctrina expresa que debe formalizarse alguna puntualización para no ingresar en una abstracción. En las obligaciones de medios el objeto de la obligación está formado por una conducta del obligado (administrador) dirigida a alcanzar un resultado que no es afianzado²⁶. Nadie se obliga simplemente a un esfuerzo a una diligencia abstracta, sino que conforme a una conducta planificada, de actuar como buen hombre de negocios, para el cumplimiento del objeto social, y no dar a sabiendas ni a la sociedad, ni a los socios y menos a los terceros.

No puede considerarse obligado el administrador simplemente a un esfuerzo o a una diligencia abstracta, sino que se obliga a través de una conducta a alcanzar, en el caso, el cumplimiento del objeto de la sociedad. Agregamos que ello debe ser sin dañar a terceros, a través del ente personificado concebido por la autonomía de la voluntad de los socios.

La jurisprudencia ha establecido que “la relación contractual entre quienes ejercen las denominadas profesiones liberales con sus clientes es susceptible de encuadrar dentro de las normas que regulan la locación de obra, ya que lo que interesa es el resultado u opus...”(CNC Civil, Sala F, 9-11-84. El Derecho 113-650). Adviértase lo que señalamos precedentemente entre obligaciones de medios y de resultados. En la auditoría debe existir un resultado, que es el “informe de auditoría” dándose las condiciones que establece el artículo 1629 (y siguientes) del Código Civil que establece que: Puede contratarse un trabajo o la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga sólo su trabajo o su industria, o que también provea la materia principal.

Indudablemente las apreciaciones que señalamos precedentemente han caducado a partir del caso EMRON, aunque hemos tenido la oportunidad de advertir que continúan en la práctica nacional. El art. 12 y ss. del Dto. 677/01 y la resoluciones de la Comisión Nacional de Valores Nos. 400 y 401 del 26 de marzo de 2002, así lo demuestran.

²⁴ ROBINSON, Irwin J. *Enron-Andersen and the Lessons for lawyers* en “International Business Lawyer, vol 30 n° 5, mayo 2002, p. 195 y ss.; BARREIRO, Marcelo G, BELLO KNOLL, Susy I. y LORENTE, Javier A. *La responsabilidad de los auditores: ¿Algo cambió con ENRON para los auditores?* En libro colectivo “Conflictos actuales en sociedades y concursos” coordinado por Martín Arecha, Ariel Á. Dasso, Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires septiembre 2002, p. 129 y ss.

²⁵ RIVERA, Julio César *Responsabilidad de los administradores sociales y síndicos* en Revista de Daños 2001-3, Editorial Rubinzal Culzoni Santa Fe diciembre 2001, p. 39 y ss., en especial 45 y 62, donde se indican algunas obligaciones de resultado.

²⁶ cfme. BUERES, Alberto J. *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1998, tomo 17 “Responsabilidad contractual I” p. 95 y ss., en especial p. 109, a quién seguimos: el objeto de la obligación, cualquiera sea su especie, es un plan de conducta del deudor para satisfacer un interés del acreedor. En el caso ese plan esta descrito en el art. 59 LS que configura la conducta diligente del administrador (deudor de la obligación).

El Dto. 677/01 de la República Argentina fue una anticipación a la legislación americana del 30 de julio de 2002 denominada “Sarbanes-Oxley Act of 2002”, a la que se anticipó un par de meses antes la *Corporate and Criminal Fraud Accountability Act*.

Anticipando lo que señalaremos en torno a insolvencia al final de esta comunicación, subrayamos que ciertos “empresarios” y alguna doctrina complaciente formalizan una visión coyuntural y egoísta de la situación (micro) intentando justificar mantener la operatoria de una sociedad –normalmente la propia- en insolvencia, sosteniendo que se trata de situaciones financieras coyunturales, culpando al gobierno, a la imprevisibilidad de las medidas económicas, al mercado, al sistema impositivo, a los competidores, a la intolerancia de los proveedores, etc., las causas de la situación. Las soluciones financieras que suelen intentar, y con las que justifican transitoriamente haber superado el problema, no hacen sino profundizarlo a la larga. De todas formas no descartamos que administradores y socios intenten esas soluciones, pero lo que no pueden hacer es cargar el perjuicio a los acreedores cuando la situación por fin explota. Si afrontan maniobras riesgosas para superar la cesación de pagos, deben asumir los riesgos y consecuencias, que es lo que no hacen al presentarse tardíamente en concurso.

Claro que mientras ello ocurre, esa sociedad suele depredar en el mercado, alterando los costos, no pagando los impuestos, violando la libre competencia, y las leyes de ese mercado, bajo cuya invocación requiere plena libertad para seguir operando ilícitamente. Correlativamente en el concurso que abrirá tardíamente, intentando traspasar todos los daños –por socios y administradores generados- a los acreedores, solicitará que se impida el voto hostil de ciertos acreedores, de competidores, de proveedores, del Estado en sus diversas manifestaciones.

Obviamente que esos administradores, que sin duda mantuvieron muy bien informados informalmente a los socios, se abstienen de convocar a una Asamblea o Reunión de Socios para estos consideren el problema y asuman los remedios que la ley de sociedades ofrece: aumento o reintegro de capital, capitalización de deudas, o liquidación de la sociedad, y en último caso la presentación en concurso preventivo en forma lo más inmediata posible, para evitar la propagación del daño al mercado. Claro que esto implica una visión globalizante (macro) del sistema jurídico y empresario, que es soslayado.

Después de ello se plasma una ingeniería jurídico financiera para despojar a los acreedores con quitas y esperas que superan en mucho el capital social con que operaba la sociedad concursada.

No descartamos que esas conductas también puedan quedar atrapadas en un ilícito penal²⁷, coetáneamente a que se produzcan cambios en la legislación concursal. Así en oportunidad de generarse la crisis bancaria que alteró la vida de nuestro país, pese a lo anunciada de la debacle, el Fondo Monetario Internacional requirió como exigencia la derogación de las normas sobre subversión económica, quizá para evitar que se pensara en aplicarla a las Entidades Financieras que operaban desde el extranjero o en el país, a la par que exigieron el dictado de una ley 25.738 que desresponsabiliza a los Bancos propietarios de Sucursales instaladas en el país, en una normatividad única y alejada de principios de organización empresarial. Quizá por ello la doctrina en general no puso demasiado énfasis en los estudios en torno a la derogación de la ley de subversión económica y la que se dictó en su reemplazo incorporando al Código Penal, como una nueva forma de defraudación, el art. 174 inc. 6º, bajo la visión englobante de “Delitos de vaciamiento de empresa”, con la sanción de la ley 25602, por la que “se introducen como defraudación distintas modalidades de acción por

²⁷ PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresas*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002, 153 páginas.

las cuales el agente logra un resultado en la empresa (afectan el normal desenvolvimiento o disminuyen parte del activo), constituyendo un subgrupo de delitos de intención”. El autor anotado se refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo”, “los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un “gran patrimonio”, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos que formalizan en la mayoría de los Concursos Preventivos (no Quiebra) de Sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que se califica como “ardid”. Se apunta que el trasvasamiento también es el cometido de un plan que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores. La existencia de una tercera empresa a quien se ha transvasado total o parcialmente el contenido de la empresa originaria, puede descubrir la modalidad típica de los hechos punibles que se analizan. La figura del art. 174 6° CP., un delito penado con 2 a 6 años, determina en su primera parte “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios”, como afectación al patrimonio como prenda común, y tipificar otro delito en la segunda parte de ese art. 174 art. 6° (pág. 105) “destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuir el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital”, donde la norma sólo se refiere a la “cuantía del activo”.

Estos delitos son figuras diferentes al delito de insolvencia fraudulenta, referido en el art. 179 2° párrafo CP que sanciona con 6 meses a 3 años, que tiene una sanción menor del que acabamos de comentar.

Nuestro rol: mostrar sin hipocresías la realidad, para intentar afrontarla en beneficio de la República y asegurando la vigencia del sistema jurídico integral. (micro/macro).

Hay una coincidencia generalizada, en que el funcionamiento insatisfactorio de los sistemas de gobierno de las grandes compañías que cotizan en bolsa, viene propiciado por la disociación entre propiedad y poder característica de estas sociedades²⁸. Es la llamada *apatía racional de los accionistas*, a lo que habría que añadir los *costes de agencia* asociados a las *decisiones colectivas*, que asimismo desincentivan el activismo accionarial.

Por dividir la materia, estos controles se han tratado de establecer tanto en el ámbito interno de las compañías, como en el externo.

Los *controles externos* comienzan asimismo a establecerse a partir de las reformas de los años 30. Aquí destaca, en primer lugar, el establecimiento paulatino en todos los países de agencias de supervisión de los mercados de valores, siguiendo el modelo pionero de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) norteamericana establecida después de la crisis económica y bursátil de 1929. En España contamos con la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) desde la reforma de los mercados de valores de 1988.

En el ámbito de la UE estos temas han preocupado especialmente, sobre todo a raíz de las últimas crisis empresariales de los años 2000, habiéndose producido documentos en esta misma dirección de gran importancia, como la Recomendación de la Comisión de 15/11/2000 sobre *el control de calidad de la auditoría legal en la Unión Europea: requisitos mínimos*, la

²⁸ En este sentido el *Informe Olivencia* señalaba en su apartado I.2, “que en las causas de esa corriente (se refiere al proceso del *corporate governance*) se halla una de fondo, que puede considerarse constante en la naturaleza de las sociedades que apelan a los mercados de capital: la separación entre propiedad y gestión. Si bien esta separación—continúa el Informe— puede producir ventajas, como la especialización de las funciones financieras y gerenciales, lleva inherente el riesgo de conflictos de intereses”

Recomendación de la Comisión de 16/5/2002 sobre *Independencia de los auditores de cuentas en la UE: Principios fundamentales*, y la Comunicación de la Comisión sobre *Refuerzo de la auditoría legal en la UE*, de 21/5/2003. En estos momentos, además, hay una Propuesta de nueva Directiva, de 16/3/2004, *relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas*, que sustituiría a la actualmente vigente 8ª Directiva en materia de sociedades.

El *Informe Olivencia*, ya inscrito en el movimiento del *corporate governance* de primera generación, estableció un marco de recomendaciones voluntarias, en la línea señalada de incrementar el control de los ejecutivos por unos Consejos de Administración reformados. Por lo que aquí interesa ahora, sus principales propuestas fueron las siguientes:

a) *Se consideraba que el Consejo de Administración debía centrarse en la supervisión de los ejecutivos, asumiendo fundamentalmente las siguientes tres responsabilidades: orientar la política de la compañía, controlar las instancias de gestión y servir de enlace con los accionistas (ap. II.1.1).*

b) *Se recomendaba incorporar al Consejo de consejeros independientes, “cuya misión primordial consiste en hacer valer en el Consejo los intereses del capital flotante” (ap. II.2.1), manteniendo una proporción adecuada entre los distintos grupos de consejeros, al objeto de asegurar “la capacidad (del Consejo) para examinar con cierta distancia e imparcialidad la labor desarrollada por los directivos de la empresa”, razón por la que se consideraba conveniente que hubiera una mayoría de consejeros externos; es decir, no ejecutivos (apartado II.2.2).*

c) *En relación con el Presidente del Consejo, aunque el informe se abstenía de aconsejar que fuera un consejero no ejecutivo (como se hacía en otros informes como el *Cadbury*), recomendaba crear contrapesos cuando fuera a la vez el primer ejecutivo de la compañía, como, señaladamente, designar entre los consejeros independientes un Vicepresidente coordinador y con facultades subsidiarias de convocar el Consejo (ap. II.3.2).*

d) *También se aconsejaba estructurar el Consejo en diversas comisiones delegadas, entre las que como mínimo debían contemplarse la Comisión de Auditoría y Cumplimiento (del Código) y, por otro, la de Nombramientos y Retribuciones (ap. II.3.6). En cuanto a la Comisión de Auditoría se recomendaba atribuirle como mínimo las siguientes competencias: “a) proponer la designación de auditor, las condiciones de contratación, el alcance del mandato profesional y, en su caso, la revocación o no revocación; b) revisar las cuentas de la sociedad, vigilar el cumplimiento de los requerimientos legales y la correcta aplicación de los principios de contabilidad generalmente aceptados, así como informar las propuestas de modificación de principios y criterios contables sugeridos por la dirección; c) servir de canal de comunicación entre el Consejo de Administración y los auditores, evaluar los resultados de cada auditoría y las respuestas del equipo de gestión a sus recomendaciones y mediar y arbitrar en los casos de discrepancia entre aquéllos y éste en relación con los principios y criterios aplicables en la preparación de los estados financieros; d) comprobar la adecuación e integridad de los sistemas internos de control y revisar la designación y sustitución de sus responsables; e) supervisar el cumplimiento del contrato de auditoría, procurando que la opinión sobre las cuentas anuales y los contenidos principales del informe de auditoría sean redactados de forma clara y precisa” (ap. II.11.1).*

e) *En el funcionamiento del Consejo, se aconsejaba incrementar significativamente la frecuencia de sus sesiones (v. el ap. II.4.1) y que los consejeros recibieran con la suficiente antelación la información relevante (ap. II.4.2).*

f) *En cuanto a designación de consejeros, se recomendaba que se establecieran “procedimientos formales que propicien la transparencia y el escrutinio por parte de todos los*

miembros del Consejo de la selección de candidatos”, en los que se consideraba decisiva la intervención de la Comisión de Nombramientos (ap. II.5.1).

g) El informe afirmaba la “facultad y el deber que tiene individualmente todo consejero de recabar y obtener toda la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones de supervisión”, estableciendo diversas recomendaciones para la efectividad de este derecho de información (v. ap. II.6).

h) Asimismo el informe establecía diversas recomendaciones en relación con los conflictos de interés, uso de activos sociales y oportunidades negocio que afectasen a los consejeros (v. el ap. II.8).

i) En las relaciones del Consejo con los mercados, el informe aconsejaba una política de máxima transparencia, y que las informaciones periódicas que legalmente deben suministrar las sociedades cotizadas, se elaborasen de acuerdo con los mismos principios, criterios y prácticas profesionales con que se elaboran las cuentas anuales (ap. II.10.2)²⁹.

3º) La posterior *Ley financiera* de 22/11/2002³⁰ contempla también un reforzamiento de los mecanismos de control interno, al hacer obligatorio en su artículo 47, que introduce una nueva disposición adicional 18ª en la LMV, el *Comité de Auditoría*, recomendado por el *Informe Olivencia*.

La disposición, ulteriormente reformada por el artículo 98 de la Ley 62/2003, de 30/12/2003, señala ahora la obligatoriedad de que constituyan este Comité “las entidades de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales”³¹.

Los miembros del Comité serán, al menos, en su mayoría, consejeros no ejecutivos del Consejo de Administración, entendiéndose por tales los que “no posean funciones directivas o ejecutivas en la entidad, ni mantengan relación contractual distinta de la condición por las que se les nombre”, y serán nombrados por el propio Consejo de Administración.

El Presidente del Comité será designado entre los consejeros no ejecutivos o miembros que no posean funciones directivas o ejecutivas en la entidad, ni mantengan relación contractual distinta de la condición por la que se les nombre, debiendo ser sustituido cada cuatro años, pudiendo ser reelegido una vez transcurrido un año desde su cese.

²⁹ El funcionamiento de este primer instrumento de *corporate governance* en España no fue excesivamente satisfactorio durante sus primeros años, como revelaron pronto estudios de campo como el de la consultora *Spencer Stuart*, y algunos escándalos como las retribuciones acordadas a sus altos directivos por *Telefónica* en forma de *stock options*, al que se hace referencia en la siguiente nota. V. las referencias a estos aspectos en mi trabajo VELASCO, “El gobierno...”, cit., pp. 426 y ss.

³⁰ Con anterioridad a esta Ley, la Ley 55/1999, de 29/12/1999, modificó puntualmente el artículo 130 de la LSA, para exigir que en el caso de que se pretendiera remunerar a los administradores mediante opciones sobre acciones (*stock options*) o sistemas análogos, era necesario que esta remuneración estuviera prevista en los estatutos de la sociedad, y fuera acordada por su Junta general de accionistas, con expresión de los aspectos relevantes (número de acciones a entregar, precio de ejercicio, valor de las acciones que se tome como referencia y duración). Esta reforma fue motivada por la preocupación social que suscitó el conocimiento público ese mismo año a través de una información periodística, de las elevadas remuneraciones que podían conseguir por este sistema (y que acabaron consiguiendo) los altos directivos de *Telefónica* (compañía que se había privatizado totalmente en fechas recientes), en condiciones además de gran opacidad; todo ello en contraste con la moderación y transparencia en las remuneraciones aconsejadas por el *Informe Olivencia*, ya publicado y plenamente vigente en aquellos momentos. Planteando los problemas de la remuneración de los administradores en las sociedades cotizadas, en particular de las *stock options* en el contexto de la situación en España, v. SÁNCHEZ CALERO, F./IBÁÑEZ JIMÉNEZ (dir), *La retribución de los administradores en las sociedades cotizadas*, Madrid 2003.

³¹ Aunque la norma afecta a cualquier entidad que emita valores admitidos a negociación, y no sólo a las sociedades, en las precisiones que siguen contemplaremos sólo la parte de la normativa aplicable a las sociedades cotizadas.

El número de miembros, las competencias y las normas de funcionamiento del Comité deberán ser establecidos por los estatutos, debiendo estas últimas “favorecer la independencia de su funcionamiento”. En todo caso, sus competencias se extenderán a informar a la Junta general “sobre las cuestiones que se planteen en su seno en materia de su competencia”; proponer al órgano de administración para su sometimiento a la Junta el nombramiento de los auditores de cuentas; supervisar los servicios de auditoría interna si existiera este órgano; conocimiento del proceso de información financiera y de los sistemas de control interno; y, finalmente, relaciones con los auditores externos para recibir información sobre aquellas cuestiones que puedan poner en riesgo su independencia y cualesquiera otras relacionadas con el desarrollo de la auditoría³².

El *Informe Aldama*, de enero de 2003, se produce en España espoleado por la preocupación generada en el ámbito mundial por casos como el de *Enron*, *WorldCom* y otros. Supone, como otros desarrollos de *corporate governance* de segunda generación, una reorientación del proceso en la línea de relativizar como objetivo de las empresas la creación de valor para el accionista³³, y proponer específicamente reformas legales más allá de las meras recomendaciones.

La idea motriz del informe, es que debe establecerse un marco de máxima *transparencia* para las sociedades cotizadas y las empresas que se relacionan con ellas. En este sentido el informe aprecia carencias en el sistema español, que se considera esencialmente orientado hacia la información cuantitativa (económica y contable) y a la de impacto más inmediato (hechos relevantes), debiendo desarrollarse, a su juicio, más la información cualitativa, en especial la referida al gobierno corporativo. En todo caso, esta información tiene que ser completa, correcta, equitativa, simétrica y en tiempo útil, y en el caso del gobierno corporativo responder a la regla “cumple o explica” (v. el ap. II). El informe se detiene asimismo en los deberes de los administradores, para los que recomienda una mayor concreción legal (v. el ap. III), y determinados aspectos de los órganos de la sociedad, en la idea de incrementar su efectividad de cara a sus funciones de control (v. el ap. IV).

En cuanto a sus propuestas, entiende el informe que una parte de ellas deben adoptarse por las propias compañías en el marco de la autorregulación y la ya señalada regla “cumple o explica”, y otras deben tener un soporte normativo.

Precisamente, la mayoría de las propuestas de reforma legal del *Informe Aldama*, han sido llevadas a la posterior *Ley de transparencia* de 17/7/2003. Por lo que ahora nos interesa, deben destacarse los siguientes aspectos que introduce esta Ley:

a) Respecto a la Junta general de accionistas, y con la idea clara de reactivar su papel en el gobierno de las compañías cotizadas, el nuevo artículo 113 de la LMV señala que la misma deberá dotarse de un reglamento específico –el Reglamento de la Junta–, en que “podrán contemplarse todas aquellas materias que atañen a la Junta general, con respecto a las materias reguladas en la ley y los estatutos”³⁴.

³² Tiene también interés, aunque sea un trabajo prelegislativo, la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, aprobada por la Comisión General de Codificación el 16/5/2002 y publicada ese mismo año por el Ministerio de Justicia, donde se contempla un libro referido específicamente a las sociedades cotizadas, con múltiples e interesantes propuestas de reforma en las materias aquí consideradas.

³³ Este objetivo se matiza, como ya se indicó anteriormente, con la *responsabilidad social* de las compañías, así como con la continuidad de la empresa a largo plazo

³⁴ V. EMPARANZA, “El Reglamento de la junta de accionistas tras la nueva Ley 26/2003, de 17 de julio de transparencia de las sociedades cotizadas”, en RdS, n° 21, 2003, pp. 149 y ss. y FERNÁNDEZ DEL POZO, “El

En esta misma línea de reactivación de la Junta, deben comprenderse otras medidas complementarias como la posibilidad que se ofrece a los Estatutos de permitir la emisión de votos y de la representación en la Junta, por medios de comunicación a distancia, como la postal y la electrónica (nuevos artículos 105 y 106 de la LSA)³⁵; la prohibición de que los administradores ejerzan el voto en relación con las acciones representadas en aquellos puntos en que se encuentren en conflicto de interés, como su nombramiento, separación, ejercicio de la acción social de responsabilidad, y la aprobación de operaciones en las que intervenga directa o indirectamente a través de sociedades controladas, como parte o en representación de otras personas (artículo 114 de la LMV); finalmente, el reforzamiento del derecho de información de los accionistas en el nuevo artículo 112 de la LSA, así como la obligatoriedad para las sociedades cotizadas de disponer de una página Web para atender al ejercicio del derecho de información por parte de los accionistas y difundir la información relevante (artículo 117 de la LMV).

b) En relación con el Consejo de Administración, el nuevo artículo 115 de la LMV, obliga a que éstos, con informe a la Junta general, dicten “un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del propio consejo, de acuerdo con la Ley y los estatutos, que contendrá las medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad”.

c) Incorporando al ordenamiento legal español la indicada regla “cumple o explica”, el nuevo artículo 116 de la LMV obliga a las sociedades anónimas cotizadas a hacer público con carácter anual un “informe sobre gobierno corporativo”³⁶. En dicho informe como mínimo se deberá dar cuenta de diversas cuestiones como la estructura de propiedad de la sociedad; la estructura de su administración, con información de composición, reglas de organización y funcionamiento del Consejo y de sus comisiones; las operaciones vinculadas de la sociedad con sus accionistas, administradores y directivos, así como las operaciones intragrupo; los sistemas de control del riesgo; funcionamiento de la Junta general y, finalmente, “grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones”.

6º) También la nueva *Ley de Instituciones de Inversión Colectiva* de 4/11/2003. En esta norma, con el claro planteamiento de promover el activismo de los inversores institucionales, se establece en el artículo 46, 1, d), en aquellos supuestos en los que reglamentariamente se disponga, en atención a la relevancia cuantitativa y al carácter estable de la participación de un fondo de inversión en el capital de una sociedad, la obligación de la sociedad gestora de dicho fondo de “ejercer todos los derechos inherentes a los valores integrados en el fondo en beneficio exclusivo de los partícipes, especialmente el derecho de asistencia y voto en las juntas generales”, debiendo, en todo caso, “informar a los partícipes de su política en relación al ejercicio de los derechos políticos inherentes a los valores que integren la cartera del fondo, justificando bien el no ejercicio del derecho de voto o bien el sentido del mismo”³⁷, lo que importa una suerte de derecho de representación.

Reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas (artículo 113 LMV)”, en RDBB, n° 93, 2004, pp. 55 y ss.

³⁵ Sobre estas cuestiones, v. IBÁÑEZ, “El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas”, en RDM, n° 249, 2003, pp. 1015 y ss.; VAÑO, “Información y gobierno electrónico”, en RDBB n° 95, 2004, pp. 77 y ss.; ALCOVER, “Aproximación al régimen jurídico del voto electrónico”, en RDM n° 254, 2004, pgs. 1341-1371 y MUÑOZ PAREDES, *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas generales y de los Consejos de Administración*, Madrid 2005.

³⁶ V. SÁNCHEZ CALERO, F.: “Informe anual del gobierno corporativo”, en RDBB, n° 94, 2004, pp. 7 y ss.

³⁷ Al margen de las reformas legales, la realidad española está comenzando a registrar un cierto activismo en pro del asociacionismo de los pequeños accionistas, aunque muy lejos todavía de la situación de otros países. V. en

Las normas nacionales imponen conductas a la auditoría, por ejemplo en el art. 73 sobre *Actos o contratos con partes relacionadas* requiere un pronunciamiento previo del comité de auditoría acerca de “si las condiciones de la operación pueden razonablemente considerarse adecuadas a las condiciones normales y habituales del mercado”, o resolviendo el Directorio conforme al informe de dos firmas evaluadoras independientes.

La primeras reacciones frente al debate sobre las expectativas de la auditoría se centran en el análisis de la naturaleza y objetivos de la auditoría. La verdadera explosión de las posiciones ante esta cuestión se desencadena ante la aparición de fracasos empresariales, que se relacionan con la auditoría. La exigencia de responsabilidades a los auditores ante los tribunales se ha convertido con el tiempo en la amenaza más temida por la profesión, creando un estado de ánimo entre la misma a la que Lee (1992) definió como “Crisis de la responsabilidad”.

Se producen diversos informes, como el llamado MARC sobre la función, posición y la responsabilidad del auditor legal en la Unión Europea, que a su vez da base a la redacción del documento denominado Libro verde sobre la misma temática.

La tarea parece centrarse entre un aspecto pragmático, la apreciación sociológica, y otro deóntico, o sea entre lo que hacen los auditores y lo que se espera de ellos, pero particularmente en un código de ética sobre sus deberes.

El Dto. 677/01 se anticipó en muchos estándares exigidos a la nueva legislación americana, ley Sarbanes-Oxley³⁸. No es del caso ingresar en su análisis, que quizá se realice por otros expositores, pero de no remitimos al trabajo citado. Se incorpora la obligación corporativa de los CEO ejecutivos y financieros de formalizar informes, impone limitaciones a los servicios de las auditorías internas, e imponen prohibiciones de préstamos a los funcionarios, oficiales y directores, tema que motivará algún comentario de un reciente fallo por situaciones anteriores a esas normas.

En general se considera que las obligaciones profesionales son de medios. No obstante se caracteriza que ciertas obligaciones de los síndicos societarios son de resultados, y entre ellos “la presentación del informe anual a la asamblea, dictaminando sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultados”, además de “investigar las denuncias que presenten accionistas que representen no menos del 2% del capital social”³⁹.

Adviértase que un fraude de los confeccionantes de un balance, o de algunas cuentas sociales, bien podía ser evitado –y sus daños- si síndicos y auditores hubieran cumplido adecuadamente sus tareas. El análisis del caso comprobará si las obligaciones de medios asumidas por esos profesionales podía o no descubrir los fraudes –o simplemente errores-. O sea que la cuestión esta ligada a la modalidad del cumplimiento inexacto de la obligación de medios, por lo que se alcanzó un resultado aparente, que luego apareció como inadecuado. Y nada tan fácil de determinar en la evolución de una empresa es la inexactitud de apreciaciones

este sentido la información del Diario *Cinco Días* de 12/03/05, dando cuenta de la constitución de la “Asociación Española de Accionistas Minoritarios de Empresas Cotizadas”, que unirá su actividad a la ya existente “Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros” (ADICAE) que, aun teniendo un objeto más amplio como indica su denominación, ha venido desempeñado algún papel en la defensa de los intereses de estos accionistas, y alguna asociación para la defensa de los intereses de accionistas de una determinada empresa, como el caso de ACCTER, que agrupa a minoritarios de *Terra*, filial de *Telefónica*, de cara a la defensa de sus intereses en su proyectada fusión con la matriz.

³⁸ VITOLLO, Daniel R. *La ley Sarbanes-Oxley de los Estados Unidos, la realidad de la República Argentina y la prevención de los fraudes societarios* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Editorial Errepar, Buenos Aires diciembre 2002, tomo XIV pág. 855 y ss..

³⁹ RIVERA, Julio César *Responsabilidad de los administrados sociales y síndicos* en *Revista de Derecho de Daños 2001-3 “Daños en la actividad comercial”* Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe diciembre 2001, pág. 39, especialmente p. 62. También puede verse COCITO ob. cit. p. 129 y ss..

en la apreciación de documentación contable. Que el resultado no sea afianzada no quiere decir que estén exentos de responsabilidad. Lo que suele estar en cuestión en el alcance meramente aparente del resultado, que encubre información falsa o distorsionada. Nunca hemos visto un supuesto en que el profesional liberal señalaba que no podía cumplir el resultado –informe del síndico o del auditor-, pues siempre prefieren solventar el problema a través de notas de sobreseimiento confusas o difusas.

De los informes Davidson y Benson (Reino Unido) y Treadway (Estados Unidos) se desprende que los auditores deben asumir la responsabilidad de detectar y prevenir fraudes, lo cual supone un cambio en las normas. El último criticó la forma en que hasta entonces había abordado su papel ante el fraude, solicitando expresamente que las normas de auditoría clarificaran su responsabilidad y utilizaran un lenguaje que sugiriese una aceptación positiva y no defensiva de la obligación.

¿Y cual es el resultado no afianzado que debía alcanzarse? El exhibir documentación contable veraz. En el caso no hay incumplimiento del resultado, el mismo se exhibe siempre, lo que no quiere decir que cumpla con el requisito de veracidad o “visión segura” sobre la idoneidad de la información brindada (*true and fair view*), que impone que cuando de las disposiciones normales no se produzca dicha imagen fiel, debe producirse diligencias o informaciones complementarias⁴⁰. Si esa visión no se alcanza el resultado presentado habrá sido aparente, y es el profesional el que deberá asegurarse de su desincriminación acreditando el *casus* (no culpa).

Según medios de prensa especializados, la suma que pague WorldCom debería ser distribuida entre los accionistas en virtud de una legislación adoptada el año pasado, o sea que actuará como compensación de daños. Las irregularidades contables de la empresa, que recientemente anunció sus planes de cambiar su nombre por el de MCI (su empresa de telefonía de larga distancia) para mejorar su imagen, comenzaron en 1991.

En una audiencia aparte, la juez Denise Cote aceptó que continúe el proceso judicial abierto tras la demanda colectiva presentada por los accionistas contra varios ex directivos, entre ellos su ex director general, Bernie Ebbers.

Los temas están vinculados directamente con la *gobernanza empresarial*, los enfoques que se vienen dando a esta cuestión, desde los documentos más relevantes y desde la bibliografía especializada⁴¹, distan de ser coincidentes. En las concepciones más restringidas, como era en particular la del pionero *Informe Cadbury*⁴², se trataba sobre todo de revisar el papel de las distintas instancias que intervienen en el control interno y externo de las sociedades cotizadas, centrándose fundamentalmente en el Consejo de Administración (*board of directors*) y en los auditores de cuentas. En las más amplias se abordan otros temas relacionados con la estructura de poder societario, como la posición de los administradores, el papel de la Junta general y los derechos de los accionistas, etc., como es el caso de los informes españoles *Olivencia*⁴³ y, sobre todo, *Aldama*⁴⁴, y aunque los análisis suelen seguir

⁴⁰ GONDRA ROMERO ob. cit. pág. 575.

⁴¹ La bibliografía disponible es prácticamente inabarcable. En la literatura en castellano, la obra más completa, que además hace un estudio comparativo con especial atención a la situación en España, sigue siendo la de ESTEBAN VELASCO (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Para una primera aproximación al proceso y a sus orígenes, me permito remitirme a mi trabajo VELASCO, “El gobierno de las sociedades cotizadas (corporate governance) en España: el Informe Olivencia”, en RDCO año 33, 2000, pp. 397 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

⁴² *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, publicado por GEE and Co. Ltd, London 1992.

⁴³ COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DE UN CÓDIGO ÉTICO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid 26/2/1998 (www.cnmv.es).

centrados en las sociedades cotizadas, no faltan planteamientos más extensos, como los de los documentos elaborados por la OCDE, donde se sobrepasa el marco de estas sociedades e, incluso, se consideran otros aspectos como la participación de los trabajadores en la empresa.

Mayor diversidad hay en las soluciones, centradas en la *autorregulación* en las primeras propuestas y documentos (el llamado *corporate governance* de primera generación) –fundamentalmente se aconsejaba la adopción por los Consejos de Administración de Códigos voluntarios de Buen Gobierno–, y con la demanda de un mayor intervencionismo legislativo en los posteriores, que han sido seguidas, además, de una generalizada reforma de las legislaciones sobre sociedades, auditoría y mercados de valores, como ha sido el caso en España de las llamadas Leyes financiera y de transparencia⁴⁵. Lo cual, evidentemente, se puede explicar desde la insuficiencia que han demostrado las primeras propuestas autorregulatorias para frenar las crisis empresariales motivadas por un mal gobierno, como han demostrado palmariamente casos recientes como los de *Enron* y *WorldCom*, en Estados Unidos, y *Parmalat* en Italia, entre otros.

El papel de la contabilidad.

La contabilidad es uno de los extremos fundamentales sobre los que recae el control externo de las compañías cotizadas. Desde ese punto de vista, interesa sobre todo su dimensión como *sistema de información* de la situación patrimonial y de los resultados de las empresas, que para cumplir debidamente su función como tal de cara a socios y terceros, debe ofrecer una *imagen fiel* de estos aspectos.

Las razones que animaban este proceso de reforma era la necesidad, que habían puesto de relieve fenómenos diversos –como la llamada globalización, la competencia creciente entre los mercados de valores y el auge del inversionismo privado, individual y sobre todo colectivo (fondos de pensiones, fondos de inversión, etc.)–, de llegar a un sistema de contabilidad común en el ámbito internacional, por lo menos en relación con las sociedades cotizadas. Ello en la práctica equivalía a una convergencia con el modelo contable norteamericano, dada la mayor relevancia de su economía empresarial y de su mercado de valores. Lo que se buscaba sobre todo era posibilitar la *comparabilidad* de la información financiera de las sociedades cotizadas en los diversos países, dificultada hasta el momento por la diferencia de sistemas contables⁴⁶. Estos planteamientos se manifestaron de manera clara en la Comunicación de 13/6/2000, *La estrategia de la UE en materia de información financiera: el camino a seguir*, en la que se proponía exigir a todas las empresas cotizadas que elaborasen sus cuentas consolidadas con arreglo a las llamadas Normas Internacionales de Contabilidad, a partir de 2005, a más tardar.

En el ámbito normativo, esta previsión se ha desarrollado en dos reglamentos sucesivos. El Reglamento 1606/2002 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 19/6/2002, *relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad*, y el Reglamento 1725/2003 de la Comisión, de 29/9/2003, *por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad* de conformidad con el Reglamento anterior.

⁴⁴ Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, 8/1/2003 (www.cnmv.es)

⁴⁵ Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, y Ley 26/2003, de 17 de julio, de modificación de la LMV y la LSA, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades cotizadas.

⁴⁶ Se cita como ejemplo de estas dificultades el caso de *Daimler Benz*, primera empresa europea que cotizó en *Walt Street* en 1993, y que tardó más de un año en adaptar sus estados contables a las exigencias de la Bolsa de Nueva York. Según las normas contables alemanas (esto es, europeas) había tenido unos beneficios de 168 millones de DM, según las norteamericanas pérdidas de millones de DM (MARTÍNEZ, J., “Más allá de las nuevas normas contables”, en *Escritura Pública*, nº 24, noviembre-diciembre 2003, p. 41). Algo parecido sucedió con *Telefónica*, que en 2001 obtuvo según las normas contables españolas beneficios de 2160,8 millones de euros, que se convirtieron en 7182 millones de euros de pérdidas según las norteamericanas.

De estas normas resulta la obligatoriedad para las sociedades cotizadas de elaborar sus cuentas consolidadas de acuerdo con las Normas Internacionales de Contabilidad a partir del 1/1/2005 (artículo 4 del Reglamento 1606/2002).

El concepto de Normas Internacionales de Contabilidad viene establecido en el artículo 2 del Reglamento 1606/2002, teniendo esta consideración las elaboradas por *Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad* (CINC), concretamente las Normas Internacionales de Contabilidad propiamente dichas (NIC), las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), las interpretaciones correspondientes y las modificaciones y futuras normas e interpretaciones.

Respecto al contenido de las normas en sí, puede ser también motivo de preocupación el abandono de los tradicionales principios de prudencia valorativa, sobre los que se asentaba hasta ahora el sistema contable europeo, por el criterio de “valor razonable” que, al menos aparentemente, parece más laxo y menos seguro en relación con los intereses de los destina

LA CONTAMINACIÓN POR INSOLVENCIA. Un verdadero pacto social del legítimo capitalismo productivo, y no de la globalización financiera depredadora, impone referirse a la contaminación por insolvencia, al contagio de la cesación de pagos, cuando administradores de sociedades inescrupulosos, o por lo menos ineficientes, continúan su gestión sin recurrir a los remedios previstos en el derecho societario⁴⁷.

Temas arduos y complejos donde los haya, son los de la responsabilidad de los administradores y los auditores de cuentas. Sin embargo, no es necesario recurrir a profundos análisis para comprender que una correcta configuración del régimen de responsabilidad⁴⁸, es el contrapunto necesario para una adecuada gobernanza empresarial⁴⁹.

Como ejemplo de reacción podemos marcar la legislación española:

1º) Este régimen se rigó significativamente con la gran reforma de 1989. No sólo se incrementó la responsabilidad de los administradores, haciéndoles responder por las *faltas de gestión* (no otra cosa era el supuesto de responsabilidad del artículo 133.1 de la LSA de 1989 por los actos “realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo”), sino que, en el caso de administración pluripersonal, se estableció la solidaridad entre los administradores, estableciendo criterios estrictos para la exoneración individual. Pero seguramente el mayor agravamiento de este régimen de responsabilidad, llegó de la mano del nuevo artículo 262.5 de la LSA que, en relación con el 260.1.4º, estableció un supuesto de responsabilidad extraordinaria de los administradores por las deudas de la sociedad cuando no promovieran la disolución de la sociedad en caso de pérdidas cualificadas⁵⁰, y que ha servido en la práctica para resolver en parte los problemas que plantean las sociedades infracapitalizadas.

⁴⁷ *Propuesta abusiva de acuerdo en concurso y cuestiones conexas* en El Dial.Express del 1º de agosto de 2005, y en la página electrónica de la Academia.

⁴⁸ Aunque nos vamos a referir únicamente a la responsabilidad civil, dentro del sistema hay que considerar también la administrativa y la penal, máxime si se tiene en cuenta que el Derecho privado tiene sus límites y que las conductas más graves o heterodoxas sólo pueden recibir un tratamiento adecuado desde los ámbitos sancionadores.

⁴⁹ Sobre esta conexión, v. últimamente PAZ ARES, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, en Rds, nº 20, 2003, pp. 67 y ss.

⁵⁰ Que “dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social”. Esta responsabilidad, por otro lado, tras algunas vacilaciones iniciales, ha acabado por configurarse en la jurisprudencia como una *responsabilidad sanción* por incumplimiento de deberes (en este caso, el de no promover oportunamente la disolución de la sociedad por pérdidas). En este sentido, v., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 30/6/1997 (RJ 5405), 15/7/1997 (RJ 5609), 29/4/1989 (RJ 8697), 22/12/1999 (RJ 9749) y 13/4/2000 (RJ 1829).

2º) La reciente *Ley de transparencia* ha introducido modificaciones importantes en la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima. En primer término, recogiendo la propuesta del *Informe Aldama* de aportar legalmente una mayor concreción de los llamados *deberes fiduciarios de los administradores*, los nuevos artículos 127, 127 bis, 127 ter y 127 quáter de la LSA desarrollan con cierta minuciosidad estos deberes, que se concretan como rúbricas generales en los deberes de diligente administración, fidelidad, lealtad y secreto. En relación con las sociedades cotizadas, el también nuevo artículo 114 de la LMV, ha establecido a mayores unos deberes específicos para los administradores de estas compañías⁵¹.

3º) Asimismo la nueva Ley concursal de 9/7/2003 (LC) incide sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades declaradas en concurso. Por un lado, la responsabilidad por deudas por no promover la disolución, se amplía a la no solicitud de que se declare el concurso si procediera, en el nuevo artículo 262.5 de la LSA reformado por esta Ley. Al margen de ello, en el caso de que se califique el concurso como culpable, y se haya abierto la fase de liquidación, el Juez en la correspondiente sentencia puede condenar a los administradores y liquidadores, de derecho o hecho, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, “a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación”, según prevé el artículo 172.3 de la LC.

La concreción de esta responsabilidad de los administradores en la fase concursal, ante ciertas inconcreciones que presenta la norma, va a plantear de nuevo problemas interpretativos⁵², pero de lo que no cabe duda es de que constituye una rigorización considerable de lo que hasta ahora había venido siendo su posición en los procedimientos de insolvencia (en las viejas quiebra y suspensión de pagos), en la práctica exenta de responsabilidades personales, salvo que la cuestión se derivase hacia el ámbito penal, por haberse cometido delitos de insolvencia punible o de otro tipo; cosa que sólo sucedía de manera muy excepcional.

4º) En cuanto a los *auditores de cuentas*, la LAC estableció un régimen específico de responsabilidad en su artículo 11, que señalaba textualmente que “los auditores de cuentas responderán directa y solidariamente frente a las empresas o entidades auditadas y frente a terceros, por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones”. En el caso de firmas de auditoría, la norma precisaba además que esta responsabilidad alcanzaba tanto al auditor como a la sociedad, respondiendo los restantes socios que no hubieran firmado el informe de forma subsidiaria y solidaria.

La reciente *Ley financiera* ha modificado este precepto, y ahora el nuevo artículo 11 de la LAC señala que “los auditores de cuentas responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del derecho privado con las particularidades establecidas en el presente artículo”. Asimismo, y en relación con las firmas de auditoría, se establece que “cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría, responderán solidariamente tanto el auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad”.

⁵¹ V. EMBID, “Los deberes de los administradores de las sociedades cotizadas (el artículo 114 de la Ley del Mercado de Valores”, en RDBB, n° 96, 2004, pp. 7 y ss. En la doctrina española el estudio más completo de esta temática sigue siendo la obra de LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid 1996, aunque sus datos legales no están actualizados.

⁵² MUÑOZ PLANAS/MUÑOZ PAREDES, “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, en RDM, n° 250, 2003, pp. 1341 y ss. y ALONSO UREBA, “El artículo 48.2 LC y el marco de relaciones de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de administradores y liquidadores”, en RCP, n° 1, 2004, pp. 91 y ss.

Así como las innovaciones introducidas en materia de responsabilidad de los administradores, la agravan claramente, no produce la misma impresión las correspondientes a los auditores. En primer lugar, ha desaparecido la referencia a la responsabilidad frente a terceros, que puede plantear la duda de si les alcanzará la norma habida cuenta de su falta de relación contractual con el auditor, que únicamente contrata con la sociedad auditada⁵³. En segundo término, no se entiende bien la remisión al régimen general de la responsabilidad en el derecho privado, dado el conocido problematismo que presenta su concreción habida cuenta de la antigüedad de las normas relativas a la misma en España, contenidas en el Código civil de 1889⁵⁴. Por último, en relación con las firmas de auditoría, está claro que desaparece la garantía patrimonial del resto de los socios que no han suscrito el correspondiente informe

Todo ello, unido a lo que anteriormente se señalaba sobre la nueva configuración de las incompatibilidades de los auditores, provoca la impresión de que la Ley financiera en este punto, más que responder a la alarma social creada en todo el mundo por los fallos clamorosos de las auditorías, se ha plegado de nuevo al poderoso *lobby* de las grandes firmas de auditoría, dictado la norma que más convenía a sus intereses.

III - Vienen tiempos tormentosos para las profesiones liberales, especialmente para los de las ciencias económicas por la crisis que puede generarse por la mundialización financiera⁵⁵, teñida de economicismo, individualista y cortoplacista, frente a una visión económica a largo plazo, dando seguridad jurídica y actuando solidariamente para afianzar una Nación. Nuestra aspiración es que volvamos al viejo corazón del derecho mercantil, del sistema empresario: los usos y costumbres como ética de las conductas, retornando a la buena fe y la lealtad, y la justicia rápida como medio eficaz para disuadir los incumplimientos, la mala fe y la deslealtad.

Calar a fondo en los aspectos de la Responsabilidad Social Empresaria puede llevar a afrontar las cuestiones que hemos dejado de resalto, evitando una visión limitada, casi de moda, que podría llevar –como tantos temas de derecho- a distraerse en lo coyuntural mientras el desastre estructural sigue encarnizándose con la comunidad.

⁵³ El tema ya resultaba complicado con la redacción anterior (v. PACHECO, ob. cit., pp. 370 y ss.), y refuerza la impresión de que se ha querido despachar sibilinamente por el legislador eliminando de un plumazo a los terceros. Como disculpa, no obstante, cabe señalar que la responsabilidad de los auditores frente a accionistas y terceros, es una cuestión muy controvertida en el conjunto del Derecho comparado, en cuanto a su existencia y, sobre todo, sus límites.

⁵⁴ La pieza fundamental sigue siendo el artículo 1902 de este cuerpo legal que se limita a establecer que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

⁵⁵ Para conocer trabajos vinculados a ese aspecto, y la referencia a trabajos escritos puede verse la página electrónica de la academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar