

**MERCADO Y EMPRESA ANTE EL DERECHO MERCANTIL
(APUNTES PROVISIONALES EN EL MARCO DE LA CRISIS ECONÓMICA)**

José Miguel Embid Irujo

Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad de Valencia)²

77

SUMARIO. I. Introducción: El Mercado y la Empresa desde la perspectiva del Derecho y, más específicamente, del Derecho Mercantil. 1. Presentación. 2. El planteamiento del análisis económico del Derecho, su influjo en la crisis económica y su desdén para el Derecho, entendido clásicamente. (a) La autorregulación como método y la abstención del legislador como mejor política legislativa. (b) El significado de los códigos de buen gobierno. (c) La “autonomía” de la crisis respecto de los argumentos economicistas precedentes. (d) Reivindicación de la autonomía de la voluntad y de su compatibilidad con las normas imperativas. El necesario equilibrio entre regulación y libertad contractual. (e) El fundamento auténtico de la crítica al análisis económico del Derecho. *Excursus* de metodología jurídica, con el uso alternativo del Derecho al fondo. II. Para un encaje más adecuado del Derecho y de la Empresa en el marco del Derecho Mercantil. 1. Premisa. 2. El Mercado y el Derecho del Mercado. (a) Planteamiento general. (b) El papel del Derecho de la competencia. (c) El Derecho de los Bienes Inmateriales. (d) Derecho del Mercado e interés general. 3. La Empresa y su inserción en la realidad social: la responsabilidad social de la empresa. (a) Introducción: la “doble faz” de la responsabilidad social de la empresa. (b) Responsabilidad social de la empresa y Derecho de sociedades. (c) Balance provisional de la responsabilidad social de la empresa. III. Consideraciones finales.

**INTRODUCCIÓN: EL MERCADO Y LA EMPRESA DESDE LA
PERSPECTIVA DEL DERECHO Y, MÁS ESPECÍFICAMENTE, DEL
DERECHO MERCANTIL**

Presentación

Es bien conocido el significado que ha tenido y, en buena medida, sigue teniendo la realidad económica de la empresa para delimitar el concepto y el contenido del Derecho Mercantil. A lo largo del siglo XX, y sobre la base de planteamientos doctrinales ampliamente difundidos, la empresa ha pasado a ser el auténtico “centro organizador” de

² El presente trabajo se inserta en el proyecto de investigación “Crisis económica y Derecho de sociedades” (DER2010-18660), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que es investigador principal el autor y se publicará próximamente en el *Liber amicorum* dedicado al prof. José María Gondra Romero, tras su jubilación en la Universidad Complutense de Madrid (España).

nuestra disciplina, adquiriendo en algunos países, como España, un extraordinario relieve institucional, como acredita la aceptación, casi unánime, de la llamada “doctrina de la empresa” por nuestros autores. Más recientemente, y ante las insuficiencias de dicha doctrina para comprender la incesante evolución del sector del ordenamiento al que seguimos llamando Derecho Mercantil, no ha sido infrecuente la referencia al Mercado con una finalidad prácticamente idéntica a la que, con anterioridad, correspondió a la empresa. Y, del mismo modo que se señalaba la improcedencia de calificar a nuestra disciplina como el “Derecho de la empresa”, también se ha terminado por advertir, en el terreno que ahora nos ocupa, que el Derecho Mercantil no puede considerarse plenamente el Derecho del Mercado.

Con todo, la progresiva aceptación del Mercado como institución relevante para la delimitación del Derecho Mercantil, incluyendo en su ámbito a la empresa, a otros operadores económicos, así como a los consumidores, no ha llegado a adquirir un protagonismo equivalente al de la doctrina de la empresa ni ha conducido a nuestros autores a formular un entero planteamiento reconstructivo del concepto y del contenido del Derecho Mercantil articulado, en su caso, en torno al Mercado. En una época, como la actual, en la que la preocupación dogmática por la delimitación de nuestra disciplina parece haber perdido relieve entre los autores, es común despachar las cuestiones relativas al concepto del Derecho mercantil —de inevitable planteamiento, por lo demás, en la actividad docente así como en la investigación— con criterios de corte sincrético y funcional³. Se viene a aceptar, de este modo, que tanto la Empresa como el Mercado son elementos determinantes del concepto y del contenido institucional de la materia, aportando, en ambos casos, principios y criterios idóneos para la mejor resolución de los conflictos derivados del tráfico económico en masa. No obstante, esta forma, un tanto elusiva, de afrontar una cuestión tan relevante no permite poner de manifiesto el verdadero relieve que el Mercado y la Empresa efectivamente desempeñan respecto de nuestra disciplina ni entrar en el análisis de su concreto alcance, así como de sus coincidencias o interferencias a dicho efecto.

En el presente trabajo no se aspira, como parece lógico, a resolver tan arduas cuestiones ni a ofrecer tan siquiera una formulación precisa de lo que el Mercado y la Empresa representan para el Derecho Mercantil contemporáneo. Se trata, más bien, de meditar sobre su significado en el contexto de la actual crisis económica, cuya trascendencia para el Mercado y la Empresa, y también, porqué no decirlo, para nuestra disciplina, no puede ser subestimada, más allá, por supuesto, de las lacerantes consecuencias humanas que su persistencia y su profundidad están produciendo por doquier. Conviene advertir, por otra parte, que la propia crisis no puede desligarse de una cierta manera de contemplar ambas realidades, así como del papel que, respecto de ellas, está llamado a jugar el Derecho. Es bien sabido que, con anterioridad al estallido de la crisis, el denominado “análisis

³ Véase, no obstante, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del Diritto commerciale*, Napoli, 2006.

económico del Derecho”, que a tal corriente de pensamiento nos estamos refiriendo⁴, alcanzó un predominio considerable a escala internacional, otorgando, como también es conocido, un escasísimo protagonismo al Derecho, como forma de ordenación de la vida social, y a los juristas que no sucumbieron a los cantos de sirena de la autorregulación y de la eficiencia, los dos elementos, de diferente filiación, que constituyeron (y para algunos parecen constituir todavía) la clave para la resolución de todos los problemas jurídicos.

Por estar insertos, todavía, en el torbellino de la crisis, y por la amplitud de onda de las cuestiones implicadas alrededor de las materias objeto de estudio, el presente trabajo se moverá en un terreno más cercano al ensayo que al estudio técnico-jurídico propiamente dicho, lo que se pondrá de manifiesto por la reducción del aparato crítico a una medida sensiblemente inferior a la que es usual en este último modo de expresión científica. La mayor flexibilidad que la exposición ensayística puede servir para obtener, quizá, algún resultado tangible, siempre que, claro está, a nuestro propósito le acompañe el acierto⁵.

1. El planteamiento del análisis económico del Derecho, su influjo en la crisis económica y su desdén por el Derecho, entendido clásicamente.

(a) *La autorregulación como método y la abstención del legislador como mejor política legislativa.*

Prescindiendo de mayores matices, recordaremos que, a los efectos del presente trabajo, gran parte de las ideas vigentes desde los años ochenta del pasado siglo hasta casi nuestros días en torno al Mercado y la Empresa, derivadas en buena medida de esa metodología conceptual que representa el análisis económico del Derecho, coincidían alrededor de dos criterios básicos: de un lado, en el tratamiento de uno y otra desde una perspectiva exclusivamente económica, orientada a la consecución de la eficiencia y la maximización

⁴ A la que se refería tempranamente en un trabajo, por desgracia, poco leído, J. M^a GONDRA, “Del Derecho de la Economía a la moderna Economía del Derecho (Viejas y nuevas perspectivas de colaboración interdisciplinar entre las Ciencias económica y jurídica)”, en *Ensayos de Economía (en conmemoración del XXV aniversario de la fundación de la Facultad)*, Bilbao, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, 1981, pp. 49 y ss. Más recientemente, ha vuelto el autor sobre dicha corriente de pensamiento; con planteamiento general, véase J. M^a GONDRA, “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de Economía? (A propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la «eficiencia económica»)”, *RDM*, 1997 (296), pp. 1545 y ss., y, de manera más específica, J. M^a GONDRA, “La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos”, *RDM*, 2010 (278), pp. 1171 y ss.

⁵ Acierto que se conseguirá cuando el ensayo represente una “sugestiva teoría de urgencia”, de acuerdo con la brillante caracterización de Pedro LAÍN ENTRALGO (“Cuatro ensayos de Ortega”, en J. ORTEGA Y GASSET, *Ensayos escogidos*, Madrid, 1997, pp. 11-13). No conviene olvidar que el propio ORTEGA concebía al ensayo como “la ciencia menos la prueba explícita”.

de la riqueza, respectivamente; de otro, en menospreciar y casi marginar cualquier contribución del Derecho (y en particular de lo que llamamos Derecho mercantil), entendido al modo clásico, en lo que atañe a su configuración institucional y a la resolución de los conflictos vinculados a su funcionamiento. Por tal razón, la única política legislativa posible desde dicho planteamiento venía a ser la de la abstención o, si se quiere, la de la intervención mínima, y siempre, en todo caso, orientada por la finalidad de la eficiencia⁶, como único criterio relevante para la determinación del contenido de las normas.

No obstante su nombre, las diversas corrientes metodológicas en las que se ha expresado en los últimos años el análisis económico del Derecho coinciden en suplantarse la reflexión jurídica, propiamente dicha, a la hora de comprender y regular la realidad del Mercado y de la Empresa por una determinada orientación de naturaleza exclusivamente económica⁷. De acuerdo con ello, desde muy diversas instancias (académicas y empresariales; privadas y públicas), se postulará la retirada del legislador de los temas que nos ocupan, la eliminación o, cuando menos, la reducción de las funciones supervisoras de las agencias públicas sobre el funcionamiento de los mercados, y, en consecuencia, la atribución a los propios protagonistas del acontecer económico, las fuerzas del mercado y las empresas, de la facultad de dictar o conformar su régimen jurídico, mediante lo que se ha venido en llamar la autorregulación. A la hora de llevar a cabo dicha tarea, consistente en que el Mercado y la Empresa (*rectius*, las fuerzas que en ellos actúan y los propios operadores empresariales) “confeccionen” por sí mismos su propio traje normativo, no habrá otra vinculación de los agentes económicos que la derivada de la naturaleza de ambas realidades, de acuerdo con los postulados económicos predominantes. En tal sentido, el Mercado se comprende como un ámbito funcional orientado a la asignación eficiente de los bienes y recursos existentes en un determinado momento; la Empresa, por su parte, viene a ser entendida como una institución de la realidad económica cuya finalidad esencial es la de maximizar las ganancias o, dicho de otro modo y cuando su titular es una sociedad anónima (por ser esta la forma jurídica de

⁶ Por muchos, véase H. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 3ª ed., Tübingen, 2005.

⁷ Con planteamiento crítico, A. RECALDE, *El papel del “Derecho” en la crisis. Algunos aspectos de la regulación financiera y de las grandes empresas en su relación con la Economía*, Madrid, Fundación Alternativas (documento de trabajo 150/2009). Un juicio más favorable a la utilidad del análisis económico del Derecho puede verse en I. ORTIZ DE URBINA, “El análisis económico del Derecho: ¿Método útil o ideología nefasta?”, en C. COURTIS (ed.), *Observar la Ley. Ensayos sobre Metodología de la investigación jurídica*, Madrid, 2006, pp. 321 y ss., trabajo, por lo demás, inserto en un libro sumamente crítico con el proceder dogmático “habitual” de los juristas, al menos de ámbito continental europeo, que quizá permita entender mejor la óptica asumida por el autor.

las sociedades cotizadas, como protagonistas esenciales de la actividad empresarial en el Mercado), “crear valor para el accionista”⁸.

(b) *El significado de los códigos de buen gobierno.*

Son muchos los ejemplos que se podrían alegar para poner de manifiesto, en este momento, el éxito del planteamiento que hemos descrito de manera harto simplificada. Sin tiempo ahora para exponerlos, pienso que bastará con mencionar el sector del mercado de valores y, dentro de él, el régimen de las sociedades cotizadas en Bolsa, al que acabamos de aludir, cuya importancia para el sistema económico en su conjunto resulta extraordinaria, como es bien sabido. Respecto de estas relevantes formas de empresa, entendidas tradicionalmente por el Derecho mercantil como una modalidad especial de la sociedad anónima, se postuló desde las ideas economicistas que venimos analizando una especie de “desregulación” que suponía suprimir las normas, habitualmente imperativas dedicadas a ellas en los diversos ordenamientos jurídicos, sustituyéndolas por un conjunto de recomendaciones reunidas en los llamados “códigos de buen gobierno”.

Por su propia naturaleza, estos mal llamados códigos (un elemento más para apreciar la banalización del Derecho y de su técnica específica dentro del planteamiento expuesto, a la que, por desgracia, se han adherido, por activa o por pasiva, numerosas personas e instituciones) no suponen vinculación alguna para los destinatarios de sus recomendaciones, quienes pueden, a su libre albedrío, seguirlas o no, debiendo, en este último caso, explicar al Mercado las razones de su negativa. Su contenido viene referido, primariamente, a la ordenación de la estructura de dirección y representación de la sociedad, sobre todo merced a una detallada consideración de los caracteres, articulación y composición del Consejo de administración. Por residir, ahí, efectivamente, el poder efectivo de decisión de la sociedad cotizada, los códigos de buen gobierno pueden considerarse, esencialmente, un conjunto de recomendaciones relativas a las circunstancias propias de dicho órgano societario. De este modo, se comprende perfectamente que los códigos sean la expresión más aquilatada del llamado *Corporate Governance* —entre nosotros, denominado “gobierno corporativo”, aunque sería más exacto hablar de “gobernanza empresarial”—, conjunto de ideas inspiradas en la práctica empresarial norteamericana, esencialmente, y cuya finalidad básica es la de hacer posible

⁸ Al respecto, J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa”, en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, II, Cizur Menor, 2006, pp. 851 y ss. El supuesto descrito en el texto refleja el modelo de la *shareholder primacy*, característico, ante todo, de los países anglosajones, frente al modelo *stakeholder* que, según algunos autores (H. HANSMANN/R. KRAAKMAN, “The End of History for Corporate Law”, *Georgetown Law Journal*, 2001 [89], pp. 439 y ss.), distinguiría al Derecho alemán de sociedades anónimas, de acuerdo con lo dispuesto en la *Aktiengesetz*. Sobre aquel modelo, últimamente y con ciertos apuntes críticos, A. KEAY, “Shareholder Primacy in Corporate Law: Can it Survive? Should it Survive?”, *European Company and Financial Law Review*, 2010 (7-3), pp. 369 y ss.

la ordenación de las sociedades cotizadas desde una perspectiva de autorregulación⁹. Pero, propiamente hablando, los códigos de buen gobierno suponen, en realidad, una suerte de autorregulación “inducida”, en cuanto las recomendaciones en ellos contenidas no son el resultado de la libre decisión de las sociedades cotizadas en Bolsa; éstas pueden, como sabemos, seguirlas, sin perjuicio, claro está, de que se desvíen de ellas o las completen, en uso directo, ahora sí, del poder de autorregulación que le reconoce el ordenamiento jurídico.

El éxito de los códigos de buen gobierno ha sido, ciertamente, elevado en todo el mundo, ya que la gran mayoría de los países han sentido la necesidad de contar con ellos, sin perjuicio, además, de su posible reforma o revisión, como ha sucedido en España, según es bien sabido. Y ello con independencia del método empleado para su elaboración: ha habido códigos de estricta factura privada, si bien predominan aquellos debidos a la labor de un equipo de expertos directamente designados desde el poder público. Esta modalidad, que es la observada entre nosotros, no implica otorgar al código en cuestión un marchamo de norma legislativa, en sentido estricto, ya que difícilmente puede atribuirse tal naturaleza a un conjunto de meras recomendaciones, no obstante la “pompa” inherente al uso del término “código”. Es verdad, no obstante, que la puesta en práctica de sus recomendaciones puede traer consigo la producción de ciertos efectos jurídicos y que el mayor o menor seguimiento de aquellas puede ser un factor relevante a la hora de apreciar, por ejemplo, la puesta en práctica de la diligencia que incumbe a los administradores de las sociedades cotizadas.

Con todo, el indudable éxito de los códigos de buen gobierno no ha traído consigo el objetivo primario que, en apariencia, se buscaba mediante su elaboración: prescindir o, en su caso, reducir al mínimo la regulación imperativa de las sociedades cotizadas en Bolsa, reduciendo, a su vez, la intensidad y amplitud de los tradicionales mecanismos públicos de supervisión en el mercado de valores. Por suerte, e introduzco ahora un opinión estrictamente subjetiva, la irrupción de los códigos de buen gobierno no trajo consigo la eliminación absoluta del Derecho imperativo (aunque para algunos sólo parecían relevantes durante una determinada época las recomendaciones de gobierno corporativo) ni suprimió la vigilancia sobre el mercado de entidades como la Comisión Nacional del Mercado de valores, entre nosotros¹⁰. Creo que puede entenderse esta valoración por mi parte si se tiene cuenta la ardua tarea que supone ordenar la compleja

⁹ Sobre este asunto, últimamente, K.J. HOPT, “Vergleichende Corporate Governance. Forschung und internationale Regulierung”, *ZHR*, 2001 (175-4), pp. 444 y ss., D. CLARKE, “The Past and Future of Comparative Corporate Governance”, *American Journal of Comparative Law*, 2011 (LIX-1), pp. 75 y ss.; del propio prof. HOPT, uno de los referentes mundiales en materia de gobierno corporativo, pueden verse, en nuestro idioma, diversos trabajos al respecto incluidos en el volumen *Estudios de Derecho de sociedades y del Mercado de Valores* (coord. S. HIERRO ANIBARRO), Madrid, 2010.

¹⁰ Aunque la indudable relajación de la supervisión financiera contribuyó al desencadenamiento de la crisis; al respecto, con planteamiento crítico, M. CATINO, “Gatekeepers miopi? Aspetti organizzativi nel fallimento dei controlli”, *Stato e Mercato*, 2010 (89-2), pp. 219 y ss.

arquitectura institucional de las sociedades cotizadas, señalando sus fines y sus principios básicos de actuación. No es preciso destacar, en este momento, la trascendencia de estas empresas para la sociedad en su conjunto y para todos nosotros; sus avatares, como hemos podido ver al hilo de ciertos nombres que se han grabado en nuestra memoria colectiva (desde Enron hasta el banco de inversiones Lehman Brothers, por citar algunas de las crisis empresariales más relevantes), van más allá de sus socios o accionistas, repercutiendo finalmente sus dificultades económicas, o incluso su quiebra, en casi todo el mundo, como consecuencia de la globalización financiera intensificada en los últimos años. Confiar, por tanto, la regulación de estos “jugadores globales” (*global players*) a los deseos o criterios de ellos mismos, expresados, esencialmente, a través de sus directivos y administradores¹¹, no pasa de ser un ejercicio de confianza excesiva y también, como el tiempo ha terminado por demostrar, una actitud poco responsable.

(c) *La “autonomía” de la crisis respecto de los argumentos economicistas precedentes.*

De lo que vengo exponiendo, no debe deducirse, sin más, que la actual crisis económica tenga como única causa, o, en su caso, como causa determinante, el predominio, al menos en el terreno de las ideas, del análisis económico del Derecho, muchos de cuyos criterios han inspirado el comportamiento no sólo de los principales agentes económicos, sino, en buena medida, de las instituciones públicas, tanto nacionales, como internacionales¹². Con ser relevante su influencia en el estado de cosas previo al desencadenamiento de la crisis —y también durante buena parte de la fase crítica ya transcurrida, lo que permite comprender retrospectivamente el desconcierto y la inacción de muchos agentes e instituciones públicas—, ha de evitarse la tentación de explicar un fenómeno tan grave, y con consecuencias cuyo alcance todavía no podemos apreciar, por el éxito, sin duda clamoroso en el pasado, de una determinada manera de concebir la razón de ser de realidades del mundo económico como el Mercado y la Empresa.

Por lo demás, la propia crisis, en su evolución, ha mostrado un perfil, cabría decir, “autónomo”, capaz de alumbrar nuevos escenarios de dificultad y de incertidumbre, repartidos de forma desigual por el mundo: de las hipotecas *subprime*, y su proceso de titulización, que constituyen el motor inicial de la crisis en la gran mayoría de los países, hemos pasado a un escenario caracterizado por los problemas de las entidades financieras, derivados o no de la clamorosa insuficiencia de aquellas garantías inmobiliarias y de la

¹¹ Cuyo poder no puede quedar exento de control; al respecto, J. M^a GONDRA, “El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones”, *RDM*, 2008 (269), pp. 841 y ss.

¹² A pesar de que, como se ha reconocido recientemente (cfr. H. EIDENMÜLLER, “The Transnational Law Market, Regulatory Competition and Transnational Corporations”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2011 (18-2), p. 743), la crisis ha proporcionado numerosas pruebas del espectacular fracaso de la autorregulación en el sector financiero.

incapacidad de pago de quienes las asumieron, con incidencia final en la compleja situación de la deuda soberana de numerosos países europeos, entre ellos España. No parece posible ni resulta, desde luego acertado atribuir el surgimiento de estos diversos escenarios, con evolución no siempre previsible, al ideario anteriormente expuesto, con ser significativo —conviene repetirlo— su influjo en la configuración de una serie de supuestos de indudable trascendencia en el actual estado de cosas

(d) *Reivindicación de la autonomía de la voluntad y de su compatibilidad con las normas imperativas. El necesario equilibrio entre regulación y libertad contractual.*

Por otro lado, y en esta misma línea, tampoco podemos rechazar de un plumazo el criterio de autorregulación, en sí mismo considerado. Es más, su núcleo esencial constituye, como se ha advertido más arriba, un elemento básico en la concepción del Derecho privado y, por tanto, del Derecho Mercantil en la que estamos insertos desde hace varios siglos. Sin remontarnos ahora demasiado tiempo atrás en la historia del Derecho, bastará dar un repaso a nuestros códigos de Derecho privado (Civil y de Comercio) para apreciar el relevante papel que en la configuración de las instituciones jurídicas corresponde a los particulares a través del sustancial reconocimiento de la libertad contractual o, con mayor amplitud, de la autonomía de la voluntad, para no limitarnos, siquiera sea nominalmente, al terreno de del Derecho de obligaciones y contratos. En esencia, dicho reconocimiento significa confiar directamente a las personas el cuidado de sus propios intereses, haciéndose posible, de este modo, el libre desarrollo de la personalidad y el establecimiento de una serie de relaciones sociales fundadas en la autonomía de sus protagonistas.

Se dirá, con todo, que ese espíritu sustancialmente liberal, acogido en el corazón de nuestros códigos todavía vigentes —sin perjuicio, claro está, de los límites directamente impuestos en ellos a la autonomía de la voluntad de los particulares— no sirve para expresar el exacto papel que a la autorregulación se le ha de reconocer en la práctica. Y ello, en particular, tras los relevantes cambios experimentados a lo largo del siglo pasado y que en ciertos sectores del Derecho civil y mercantil han supuesto, en buena medida, un considerable crecimiento de las normas no susceptibles de ser alteradas por los particulares, es decir, las normas imperativas. Son muchas las razones que han dado fundamento a esta restricción de la clásica libertad contractual en el pasado, pudiendo resumirse, tal vez, todas ellas en la consolidación de la idea de Estado social en la mayor parte de los países, con su finalidad de lograr una situación de bienestar generalizada. Ello supuso, como es bien sabido, un considerable incremento del intervencionismo estatal, traducido en múltiples normas que, sobre la base de su finalidad protectora, suponían, de hecho, una merma significativa de la autonomía de la voluntad de los particulares, en

beneficio de una configuración más social, y pretendidamente más equitativa, del ordenamiento jurídico en amplios sectores¹³.

Con este trasfondo, puede entenderse quizá mejor la motivación de las corrientes ideológicas que, en torno al Mercado y la Empresa, triunfaron internacionalmente con anterioridad a la crisis económica. El progresivo desarrollo del Estado social trajo consigo, como se acaba de señalar, el aumento, posiblemente excesivo, de la regulación legislativa y una cierta reacción pendular permitiría comprender, en términos generales, el surgimiento de la tendencia proclive a eliminar barreras a la autorregulación. Siendo comprensible este planteamiento, lo singular del fenómeno que nos ocupa no reside tanto en la existencia de esa reacción pendular, sino, más bien, en su intensidad y en el consiguiente afán por convertir al Mercado y a la Empresa en realidades plenamente autónomas, al margen, como ya se ha dicho, de controles y elementos de supervisión por instancias públicas. Con esta forma de razonar, y de proceder, se diluye toda posible consideración de un interés general y el ordenamiento jurídico se termina convirtiendo en mero receptáculo pasivo de argumentos de legitimación concebidos y elaborados en otras áreas del saber, fundamentalmente de la Economía, de acuerdo con una particular tendencia ideológica orientada, como ya sabemos, hacia la consecución de la eficiencia como único patrón de medida al que quedaría vinculado no sólo el legislador, sino también el juez. No es difícil darse cuenta de que, con este planteamiento, el poder económico se convierte, de hecho, en un poder exento, o, dicho de una manera más directa, en un poder irresponsable, lo que resulta del todo incompatible con los valores esenciales del régimen constitucional en el que nos encontramos insertos.

(e) *El fundamento auténtico de la crítica al análisis económico del Derecho. Excursus de metodología jurídica, con el uso alternativo del Derecho al fondo.*

De este modo, lo que cabe censurar en el planteamiento que venimos exponiendo, al margen, claro está, de ciertas conductas individuales, provocadoras de una considerable alarma social y, por ello mismo, merecedoras de un reproche penal, es, a nuestro juicio, la radicalidad de sus presupuestos y la simplicidad de sus consecuencias, que habrán de ser tenidas por correctas si se adecuan a ese patrón de medida que es la eficiencia, sin consideración alguna por la justicia. Ha habido en esta visión de las cosas un llamativo menosprecio por el Derecho, quizá por estimarlo un formalismo inútil, cuya maquinaria conceptual, anclada en la tópica, en los lugares comunes, en la hermenéutica, apenas ha evolucionado desde que los romanos pusieron en marcha la comprensión jurídica que todavía hoy, más allá de cambios en verdad relevantes, sigue sirviendo de base sólida

¹³ El Derecho de los consumidores, fundamentalmente centrado en los aspectos contractuales, es, quizá, el mejor exponente de lo que se indica en el texto. Entre nosotros, puede verse al respecto M. REBOLLO PUIG/M. IZQUIERDO CARRASCO (coord.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, 2011.

para el modo de pensar y de hacer de la gran mayoría de los juristas¹⁴. Esa deficiencia, cabría decir, “estructural” del Derecho permitiría, quizá, comprender la insatisfacción que puede suscitar, desde luego ante los ojos de los patrocinadores de las corrientes de pensamiento ahora analizadas, pero, sobre todo, ante quienes son ajenos al campo de lo jurídico, y anhelan encontrar en el repertorio de ciencias y saberes humanos un conjunto de principios y técnicas seguras e inequívocas.

No es, desde luego, el planteamiento que venimos estudiando el primero (ni tampoco será el último) que desdeña al Derecho y el modo de operar de los juristas. Un sumario repaso de las corrientes de metodología jurídica surgidas a lo largo del pasado siglo XX permite poner de relieve la frecuente presencia entre ellas de destacadas orientaciones críticas para el Derecho y la técnica jurídica, muchas veces provenientes de los propios juristas, así como para su discutido carácter de auténtica disciplina científica. De este modo, y limitándonos a las tendencias críticas predominantes, en unas ocasiones, se reprocha al Derecho el predominio de un planteamiento formalista, que ahoga las aspiraciones de justicia y diluye su eficacia social, y en otras se le censura su relativa menesterosidad conceptual frente a otras ciencias, cultivadores de saberes más seguros en su delimitación y en sus consecuencias¹⁵. Merece la pena, en este momento, recordar un efímero movimiento crítico respecto de la visión consolidada del Derecho y del modo de obrar de los juristas que alcanzó cierta fama en los años setenta del pasado siglo, en algunos países europeos, como Italia, con trascendencia, no del todo irrelevante, también entre nosotros. Me refiero al así llamado “uso alternativo del Derecho”¹⁶, cuyas diferencias, aun siendo notables, con el análisis económico del Derecho al que vengo refiriéndome, permiten, quizá por contraposición, comprender mejor las características y efectos de esta última corriente de pensamiento.

También en la teoría del uso alternativo del Derecho, como en el supuesto que nos ocupa, había un punto de partida de insatisfacción sobre la utilidad del Derecho, la cual, con todo, no suponía la descalificación en bloque del mundo jurídico; se trataba, más bien, de censurar un cierto modo de obrar y de razonar que traía, como consecuencia de su formalismo y de su abstracción, consecuencias injustas para los ciudadanos en

¹⁴ En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2ª ed., Madrid, 1982, pp. 29-30.

¹⁵ Estas corrientes, cuyo análisis detenido no corresponde a este trabajo, constituyen también una reacción frente al positivismo y al “espléndido aislamiento” del Derecho que dicho criterio, dominante en la tradición jurídica del pasado siglo, representa. Sobre las mismas (Derecho libre, jurisprudencia sociológica, etc.), véanse las referencias sintéticas de K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. esp.), 2ª ed., Barcelona, 1980, pp. 81 y ss.

¹⁶ Al respecto, véase la obra colectiva, *L'uso alternativo del Diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*, Bari, 1973. En castellano, puede consultarse P. BARCELONA/U. HART/D. MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, Madrid, 1977. Más recientemente, es útil la síntesis que ofrece A.E. HESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, 2002, pp. 234 y ss.

beneficio de quienes ocupaban posiciones preeminentes en la sociedad. El instrumento para llevar a cabo el uso alternativo del Derecho no consistía en salir de su ámbito para recalar en otra ciencia o saber, como la Economía, sino en radicalizar, podríamos decir, los principios y valores constitucionales a fin de convertirlos en criterio único de decisión del juez. De este modo, si el análisis económico del Derecho soslaya los fines del ordenamiento jurídico en su totalidad, poniendo en su lugar la consecución de la eficiencia, el uso alternativo del Derecho aspiraba (y hablo en pasado, ya que no parece adivinarse rastro alguno en nuestros días) a lograr la justicia¹⁷, marginando, por el contrario, ciertos principios jurídicos esenciales, como la seguridad jurídica. Con todo, hay entre ambos planteamientos, no obstante estas sustanciales diferencias, un elemento originario común, consistente en la conversión de una determinada orientación ideológica (neoliberal, en el primer caso, marxista, en el segundo) en criterio absoluto para el establecimiento de las premisas y la formulación de las consecuencias.

I. PARA UN ENCAJE MÁS ADECUADO DEL DERECHO Y DE LA EMPRESA EN EL MARCO DEL DERECHO MERCANTIL

1. PREMISA.

Esta pequeña digresión conceptual, más propia de un filósofo del Derecho que de un jurista atado a la gris realidad del Derecho positivo, puede servirnos, a los efectos que hoy nos ocupan, para dibujar, en lo posible, algunos rasgos o algunas ideas por las que puede transitar en el presente una cierta reconsideración de lo que ha de ser la actitud del legislador y de los juristas ante las realidades del Mercado y de la Empresa. Esa reconsideración parece necesaria a la vista de la magnitud de la crisis y del considerable descrédito acumulado por el punto de vista predominante, basado en el análisis económico del Derecho, con anterioridad a su estallido, con la finalidad esencial de conseguir una legitimación renovada de ambas realidades en el marco social, económico y también cultural de nuestros días. A tal fin, el *modus operandi* que la consecución de tal objetivo requiere ha de sustentarse, a mi juicio, en la reafirmación de ciertas ideas

¹⁷ De ahí la preocupación de los autores insertos en esta corriente de pensamiento por reorientar la formación del jurista tradicional, centrada esencialmente en las técnicas positivistas del Derecho privado. Así, denunciará P. BARCELLONA (“La formación del jurista”, en P. BARCELLONA /U. HART/D. MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, cit., p. 47) “la paradoja de un jurista positivo que, para ser tal, no debe ocuparse de los problemas de la justicia (Filosofía) ni de los problemas de la praxis social (Sociología)”.

vinculadas a nuestro mundo y a nuestro oficio, cuya utilidad para la adecuada composición de los intereses presentes en ambos parece indudable.

De acuerdo con este programa de trabajo, de lo que se trata, esencialmente, es de hacer compatible, en el marco del ordenamiento y en la labor de los juristas, el principio básico de la autonomía de la voluntad, expresión sintética de reconocimiento, en el ámbito jurídico, de la persona como ser libre y responsable, con la insoslayable intervención del legislador en atención a la ordenación racional y sustantiva de las realidades presentes en el mundo económico. Dicho en forma más sencilla, y reiterando ideas ya expuestas, el objetivo ha de ser construir una relación sensata entre normas imperativas y autonomía de la voluntad, entre la defensa del interés general y la satisfacción de las aspiraciones particulares de las personas. Y así como el primero se desvanece en el seno de planteamientos como el análisis económico del Derecho, las segundas no terminan de encontrar el cauce adecuado para su realización dentro de formulaciones como la del uso alternativo del Derecho.

2. EL MERCADO Y EL DERECHO DEL MERCADO.

(a) *Planteamiento general.*

Con esta orientación integradora, cabe proponer una reconstrucción del Derecho del Mercado y de la Empresa bien alejada de excesos ideológicos. Y es que, para referirnos, en primer lugar, a aquél, postular un Mercado autorregulado, aunque la fórmula pueda resultar sugestiva, no deja de resultar una evidente contradicción: hablar de un Mercado sin regulación, como acertadamente se ha dicho en el Derecho español¹⁸, resulta tan absurdo, o tan inverosímil, como defender la existencia de un deporte sin reglas. Podrá discutirse de la extensión de estas últimas, así como, sobre todo, de su aplicación y en su caso, de su posible revisión por instancias superiores, judiciales o administrativas, cuando

¹⁸ Así A. SÁNCHEZ ANDRÉS, “Del Mercado en general”, en A. SÁNCHEZ ANDRÉS, *Estudios jurídicos sobre el Mercado de Valores* (coord. J.C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU/F. OLEO BANET/A. MARTÍNEZ FLÓREZ), Cizur Menor, 2008, p. 42; sobre las ideas de este autor en la materia examinada, véase, M. OLIVENCIA, “El concepto de mercado en el pensamiento jurídico del profesor Aníbal Sánchez Andrés”, en J.C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU/F. OLEO BANET/A. MARTÍNEZ FLÓREZ (coord.), *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Cizur Menor, 2010, pp. 55 y ss.

se cuestione su legitimidad o su validez. Y no cabe ignorar, por lo demás, el sempiterno problema derivado de la dificultad de “vigilar al vigilante”, cuya perenne actualidad no permite postular la supresión plena de los controles o de las instituciones de vigilancia. Admitida, como objetivo esencial de toda política legislativa en nuestra época, la necesidad de regulación jurídica del Mercado, debe producirse progresivamente la configuración de un auténtico Derecho del Mercado¹⁹. Utilizo la expresión en singular, aunque el uso cotidiano prefiere hablar de “los mercados”, para referirme, en esencia, a lo que podría llamarse “mínimo común denominador”, de carácter jurídico, para la ordenación de todos ellos. Es verdad que las características propias de algunos mercados, así como la naturaleza del bien o bienes en ellos negociados, ha fomentado desde antiguo la promulgación de ciertas normas especiales, por lo que no sería descabellado organizar sistemáticamente ese Derecho del Mercado en una parte general, integrada por el contenido normativo de lo que antes hemos llamado “mínimo común denominador”, y una parte especial, desglosada, a su vez, en los distintos regímenes de los mercados dotados de una regulación particular²⁰.

(b) *El papel del Derecho de la competencia.*

Existen, desde hace tiempo, no sólo normas especiales reguladoras de ciertos mercados (la Bolsa sería, tal vez, el más representativo, y el más antiguo, de los mercados

¹⁹ Véase U. IMMENGA, “El Derecho del Mercado”, en la obra colectiva del autor *El Mercado y el Derecho. Estudios de Derecho de la competencia*, Valencia, 2001, A. SÁNCHEZ ANDRÉS, “Del Mercado en general”, cit., pp. 40 y ss.; J.M. EMBID IRUJO, “Hacia la configuración jurídica del Mercado (apuntes sobre las relaciones entre Mercado y Derecho)”, en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, I, Valencia, 2007, pp. 507 y ss.

²⁰ La tendencia a convertir en mercancía cualquier elemento de la vida social, notablemente acelerada en las últimas décadas, permite hablar en nuestros días (véase H. EIDENMÜLLER, “The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations”, cit., *passim*) de un “mercado jurídico”, de carácter trasnacional, en el que el “producto” (auténtica *commodity*) sería el Derecho mismo, sobre la base de una competencia permanente entre los Estados, las organizaciones internacionales e, incluso, las propias corporaciones multinacionales, por la fijación de las reglas aplicables a las relaciones económicas, susceptibles, por lo demás, de ser libremente elegidas por los particulares y empresas. Sin perjuicio de los muchos reparos que cabe oponer a este planteamiento, parece obligado prestarle la debida atención, a la vista, en particular, de su progresiva implantación en la práctica, así como de la preeminencia que su continuo desarrollo otorga a algunos ordenamientos y operadores jurídicos, señaladamente los anglosajones.

regulados²¹, sin que entremos ahora en el alcance y contenido de su regulación), sino también un conjunto de reglas susceptibles de integrar esa parte general del Derecho del Mercado a la que se acaba de aludir. Pienso, sobre todo, en las normas reguladoras de la competencia, tanto en su vertiente anti-trust, dirigida a sancionar las restricciones a la libre competencia, como en la relativa a la preservación de la lealtad en la lucha competitiva, que se endereza, según es sabido, a reprimir aquellos comportamientos que resulten objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe, como señala, con indudable acierto, el artículo 4 de Ley de competencia desleal española. De acuerdo con su propia tradición legislativa, de cuño norteamericano en el Derecho anti-trust, y de origen europeo, en lo que se refiere al Derecho de la competencia desleal, ambos sectores muestran peculiaridades propias tanto en la tipificación de las conductas, como en el establecimiento de las sanciones, con destacado protagonismo de la Administración pública en el primero, y con predominio de los tribunales de justicia a la hora de contemplar el tratamiento de los actos desleales.

No obstante, una vertiente y otra coinciden, tras una compleja evolución a lo largo del pasado siglo, en tomar progresivamente a la competencia como bien jurídico necesitado de protección, con la doble finalidad de que exista y sea operativa, de un lado, y que se lleve a cabo con medios de lealtad y corrección dentro del Mercado, de otro²². Y todo ello, como es bien sabido, en beneficio del propio Mercado y de todos los que en él participan, ocupando un lugar de relieve los consumidores, lo que permite adivinar un objetivo de tutela de intereses generales, como motor último de configuración del Derecho de la competencia en cualquiera de sus manifestaciones. En este sentido, las prácticas restrictivas de la competencia y los actos competitivos desleales pueden constituir el embrión de una categoría más amplia de actos antijurídicos cuya característica común residiría en el hecho no sólo de producirse en el Mercado, sino de tomar a dicho ámbito como la causa y la razón de ser del contenido de la conducta ilícita. Me refiero a lo que podría denominarse “ilícitos de Mercado” y que, más allá del ámbito

²¹ Merece la pena releer el ensayo de M. WEBER, *La Bolsa. Introducción al sistema bursátil* (trad. esp.), Barcelona, 1987.

²² Por muchos, analizando las conexiones e interferencias entre la perspectiva antitrust y la relativa a la competencia desleal, J.I. FONT GALÁN/L. M. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Madrid, 2005.

penal, en el que aquí no es posible entrar, supondrían la posibilidad de sancionar una amplia gama de conductas cuya finalidad esencial consiste en distorsionar su funcionamiento, en perjuicio de los intereses generales que subyacen al sector del ordenamiento jurídico denominado “Derecho del Mercado”.

No puede ignorarse que en el actual Derecho de la competencia, tanto en su vertiente anti-trust, como, sobre todo, en el terreno de la competencia desleal, existen figuras que apuntan hacia objetivos similares. Con todo, se trata en la mayoría de los casos de supuestos específicos y no de una categoría general, al margen, si se quiere, de lo que se dispone en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la competencia, cuya utilidad práctica, hasta el momento, no ha resultado especialmente relevante. La iniciativa que aquí se propone, no obstante, va más allá, como decimos, del Derecho de la competencia, si bien fija su punto de partida en dicho ámbito, con mayor intensidad, si se nos apura, en el Derecho de la competencia desleal, gracias, entre otras cosas, a la extraordinaria utilidad que puede proporcionar la cláusula general de deslealtad que, desde la Ley alemana de comienzos del pasado siglo, constituye una seña de identidad insustituible de este sector del Derecho mercantil. Por lo demás, la construcción progresiva de los “ilícitos de Mercado” supondría tomar en consideración otras vertientes del ordenamiento jurídico, estructuralmente vinculadas con el Mercado, y cuya consideración conjunta con la regulación de la competencia, resulta necesaria a la hora de configurar esa rama jurídica en devenir que es el Derecho del Mercado.

(c) *El Derecho de los Bienes Inmateriales.*

De este modo, y al lado del Derecho de la competencia, como núcleo originario del Derecho del Mercado, puede situarse el Derecho de los Bienes Inmateriales, con relación, por supuesto, a todas sus modalidades, pero con especial significación respecto del tratamiento de las patentes y marcas, cuyo relieve para la innovación, como fuerza tractora del desarrollo económico, y para la individualización de bienes y servicios es suficientemente conocida. Nos encontramos aquí ante un sector del ordenamiento jurídico, y del propio Derecho del Mercado, como queda dicho, de extraordinaria importancia y cuya trascendencia para la dinámica del Mercado, para la evolución de la

Economía, así como para la tutela de los consumidores y el interés general, es realmente importante.

También en este sector, como en tantas otras vertientes del ordenamiento jurídico, se contraponen diversas tendencias interpretativas, cuyo relieve para la materia que ahora nos ocupa es sumamente relevante, no sólo desde un punto de vista teórico, sino también para el funcionamiento práctico de la actividad económica. Me refiero, en concreto, a la visión de los bienes inmateriales como ejemplos, todo lo singulares que se quiera, de derechos de propiedad privada, de un lado, y su contemplación, de otro, desde una perspectiva pro-competitiva. De seguirse la primera orientación, el reconocimiento y tutela por el Derecho de los diversos bienes inmateriales disgregaría la visión unitaria del Mercado en numerosas “islas”, incomunicadas entre sí, cada una de ellas expresiva de la posición jurídica del titular concreto de un determinado bien (invención, signo, etc.). Los inconvenientes que este planteamiento genera son, sin duda, evidentes y aconsejan, como así está sucediendo en los últimos años, acentuar la vertiente competitiva de tales bienes, sin mengua, claro está, del rigor de su tutela jurídica, destacando su sentido para fomentar la innovación, para intensificar la competencia y para evitar, en suma, la fragmentación del mercado, derivada de una visión puramente patrimonialista del régimen jurídico de los diversos bienes inmateriales²³.

(d) *Derecho del Mercado e interés general.*

Como reflexión final, respecto de todos los sectores que integran el Derecho del Mercado, considero conveniente destacar la necesidad de que no se pierda de vista el interés general, que subyace a todos ellos, a la hora de contemplar su evolución, no sólo en los ordenamientos nacionales, sino, sobre todo, con perspectiva europea e, incluso, mundial. Si la tutela de los consumidores se ha acentuado como un rasgo distintivo del Derecho de la competencia, en sus dos vertientes, también parece necesario acentuar ese planteamiento respecto del Derecho de los Bienes Inmateriales, alguno de cuyos aspectos

²³ Véase, en este sentido, el importante libro de G. GHIDINI, *Profili evolutivi del Diritto Industriale (Innovazione. Concorrenza. Benessere dei consumatori. Accesso alle informazioni)*, 2ª ed., Milano, 2008 (hay traducción española de la primera edición con el título *Aspectos actuales del Derecho industrial. Propiedad intelectual y competencia*, Granada, 2002).

esenciales, como el derecho de exclusiva atribuido al inventor o al titular de la marca, son susceptibles de convertir a esta parte del ordenamiento, sobre todo si se radicalizan en su tradicional configuración jurídica, en un conjunto reactivo o poco proclive a la dinámica competitiva y a la satisfacción de intereses generales. Ello se ha puesto de relieve, con especial intensidad, en el campo de las patentes farmacéuticas y biotecnológicas²⁴, con la dificultad, entre otros extremos, de excluir a una buena parte de la población mundial del acceso a medicamentos decisivos para el mantenimiento de su salud.

Sin discutir, claro está, la necesidad de recompensar al inventor por el esfuerzo patrimonial que supone el logro y la puesta en práctica de una determinada invención, parece necesario avanzar en una visión más completa, equitativa, y a la vez global, del problema; es satisfactorio comprobar cómo, en los últimos años, se están dando pasos relevantes por importantes empresas con la indicada finalidad, en un comportamiento susceptible de encuadrarse en el último aspecto que quiero desarrollar en mi exposición y que va desde el Mercado a la Empresa: me refiero al sugestivo fenómeno de la responsabilidad social corporativa o responsabilidad social de la empresa que en el Derecho de los Bienes Inmateriales y, muy en particular, en lo que a las patentes se refiere, ha adquirido una notable significación mediante la actividad de una organización como el Consejo empresarial mundial para el desarrollo sostenible (*World Business Council for Sustainable Development*), cuya finalidad es la de crear un “Fondo común de patentes ecológicas” (*Eco-patents Commons*) que, directa o indirectamente, proteja el medio ambiente, y al que las empresas integrantes del Consejo puedan transmitir patentes de las que sean titulares, con el objetivo de que sean utilizadas por quien quiera de modo gratuito²⁵.

²⁴ Sobre este asunto, J.A. GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “El Tribunal de Justicia precisa el ámbito de protección de las patentes biotecnológicas. Apunte sobre el caso Monsanto c. Cefetra”, *ADI*, 2009-2010 (30), pp. 507 y ss., donde se da cuenta de la importante sentencia del TJUE, de 6 de julio de 2010, en la que dicho tribunal interpreta el artículo 9 de la Directiva 98/44/CE sobre invenciones biotecnológicas, a fin de precisar el ámbito de protección de las patentes sobre secuencias de ADN; con carácter monográfico sobre el tema, véase, recientemente, J. GUILLEM CARRAU, *La protección de las patentes biotecnológicas*, Madrid, 2011.

²⁵ Al respecto, J.A. GÓMEZ SEGADÉ, “A responsabilidade dos administradores das sociedades no quadro da responsabilidade social da empresa”, en *Estudos em homenagem ao professor doctor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, 2011, pp. 347-349. De este organismo forman parte más de 200 empresas de todo el mundo, entre ellas algunas tan importantes como Vodafone, Nokia, Alstom, Shell, IBM, Hitachi, Honda, Toyota, y sólo dos españolas, Acciona y Repsol.

3. LA EMPRESA Y SU INSERCIÓN EN LA REALIDAD SOCIAL: LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA.

(a) *Introducción: la “doble faz” de la responsabilidad social de la empresa.*

Pero el fenómeno de la responsabilidad social de las empresas desborda, como es bien sabido, el limitado marco del Derecho de patentes, con ser este tan destacado, para extenderse, en nuestros días, a todas las vertientes de la realidad de la Empresa²⁶. Y aunque el protagonismo suele corresponder a las empresas de mayor dimensión, es bien cierto que el objetivo de ser una empresa “socialmente responsable” puede atraer igualmente a las PYMES, aunque no abundan, por el momento, los ejemplos en este campo. La idea central que inspira las diversas y variadas acciones que suelen incluirse dentro del fenómeno de la responsabilidad social de la empresa no resulta difícil de exponer: se trata, en síntesis, de que por sus importantes efectos sobre la realidad social que la circunda, la actividad de la empresa no puede tener como única finalidad la de maximizar continuamente sus beneficios, de acuerdo con la conocida “filosofía” empresarial desarrollada hace bastantes años por Milton Friedmann²⁷. Tanto los trabajadores que prestan sus servicios a la empresa, como quienes, desde fuera, se relacionan continuamente con ella (proveedores, clientes, terceros en general), sin perjuicio del ámbito territorial en el que se inserta y al que afecta medioambientalmente su actividad, presuponen intereses y valores sociales que la empresa no puede ni debe ignorar. Surge, así, la categoría de lo que convencionalmente se denomina *stakeholders*²⁸, como conjunto de personas e instituciones cuyo interés ha de conjugarse con el del empresario o con los de sus socios, en el caso de que la empresa se configure en forma de sociedad mercantil, si se aspira a que dicha empresa pueda ser calificada como “socialmente responsable”.

²⁶ Cfr. R. ALFONSO SÁNCHEZ (dir.), *Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil*, Granada, 2010.

²⁷ Sobre esta orientación, véanse las consideraciones de V. SALAS FUMÁS, “Responsabilità sociale corporativa tra etica e *buon governo* dell’impresa”, en A. SARCINA/J.A. GARCÍA-CRUCES (coord.) *L’attività gestoria nelle società di capital. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, Bari, 2010, p. 17.

²⁸ Para su delimitación, véase R. FREEMAN/G. RUSCONI/M. DORIGATTI, *Teoria degli stakeholders*, Milano, 2007.

Situadas las cosas en estos términos, podrá pensarse que el fenómeno que nos ocupa carece de una relación especialmente significativa con el ámbito jurídico, sobre todo si se tiene en cuenta la común afirmación, al hablar de estos temas, de que las acciones de responsabilidad empresarial no vienen impuestas por el ordenamiento, sino que son decididas y realizadas libre y voluntariamente por las propias empresas. Siendo esta idea correcta, al margen de si puede hablarse, en nuestros días, de la formación de una auténtica costumbre, por la frecuencia e intensidad con las que se llevan a cabo por muy diversas empresas actividades de responsabilidad social²⁹, no conviene olvidar que, al lado del componente ético, indudablemente presente en el fenómeno en estudio, también puede adivinarse en él, sin especial dificultad, un propósito de mejorar la imagen de la empresa en el mercado ante la sociedad, lo que permite ver en las acciones de responsabilidad social una vertiente singular del marketing de la empresa. Esta “doble faz”, podríamos decir, de la responsabilidad social de la empresa resulta consustancial a su propia circunstancia y no parece conveniente ignorarla ni disminuirla³⁰. Pero, al mismo tiempo, permite poner de manifiesto que las acciones de responsabilidad social constituyen —o son susceptibles de constituir— un activo relevante para la empresa con motivo de su actividad en el mercado. Si se puede competir en precios, calidad, garantías, servicio post-venta, etc., también se puede “competir” en responsabilidad social, con indudables repercusiones en la aplicación del Derecho anti-trust, del régimen de la competencia desleal³¹ y, como acabamos de ver, si bien parcialmente, del Derecho de los Bienes Inmateriales.

(b) *Responsabilidad social de la empresa y Derecho de sociedades.*

²⁹ En este sentido, J.M. EMBID IRUJO, “Derecho, Mercado y responsabilidad social corporativa”, *Papeles de Economía Española*, 2006 (108; monográfico sobre Responsabilidad social corporativa), pp. 64-65.

³⁰ Al respecto, O.MÜLLER-MICHAELS/W. RINGEL, “Muss sich Ethik lohnen? *Die AG* 2011 (4), pp. 101 y ss.

³¹ Con detalle, V. MARTÍ MOYA, “La responsabilidad social corporativa y el Derecho de la competencia”, en R. ALFONSO SÁNCHEZ (dir.), *Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil*, cit., pp. 53 y ss.

Del mismo modo, la realización de actividades de responsabilidad social, no obstante su afirmada voluntariedad, es susceptible de incidir en otro sector relevante del Derecho Mercantil, como es el Derecho de sociedades, como Derecho de organización de la empresa a través de las distintas formas jurídicas que el ordenamiento predispone para el desarrollo de las actividades empresariales. En dicho ámbito encontramos repetidamente planteada una de las cuestiones conflictivas a propósito de la posible realización por las sociedades mercantiles de acciones de responsabilidad social, que se relaciona directamente con la aplicación del resultado. Como es natural, dichas acciones requerirán el empleo de recursos financieros, que serán detraídos sin duda de la cuenta de resultados, pudiendo de este modo reducirse el alcance de la retribución del socio con cargo a los beneficios sociales. Puede discutirse, en tal caso, y llevarse, incluso, a los tribunales, la cuestión de si los administradores han obrado con arreglo a la diligencia requerida, al realizar, en su caso, tales acciones, y si el acuerdo de aplicación de resultados, aprobado por la Junta general, con la minoración derivada de lo que antecede, constituye un acuerdo impugnabile por ser contrario al derecho de participación en las ganancias sociales que, de manera imperativa, contempla el artículo 93, a) de la Ley de Sociedades de Capital y por lesionar, en su caso, el interés social³².

No podemos entrar ahora en el análisis de estas espinosas cuestiones, si bien en los últimos años parece haberse consolidado una opinión favorable a entender compatible la responsabilidad social de la empresa con la diligencia de los administradores sociales, así como con los fines propios de las sociedades mercantiles, concretados en el interés social, que no pueden limitarse exclusivamente a la consecución de un lucro repartible. Algunos ordenamientos jurídicos han dado muestra ya de una apreciable sensibilidad al respecto, sin que, por el momento, nuestro Derecho disponga de ejemplos relevantes en tal sentido, más allá de la recepción de algunas de estas ideas entre las recomendaciones del código de buen gobierno corporativo, cuyo relieve, como sabemos, queda limitado en principio a las sociedades cotizadas en Bolsa³³. Con todo, cabría sostener, entre nosotros, que la

³² Cfr. R. JORDÁ GARCÍA, "Responsabilidad social corporativa y decisiones orgánicas en las sociedades mercantiles de capital. Especial referencia al interés social", en R. ALFONSO SÁNCHEZ (dir.), *Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil*, cit., pp. 131 y ss.

³³ Al respecto, M. I. GRIMALDOS, "Responsabilidad social corporativa y responsabilidad civil de los administradores", en R. ALFONSO SÁNCHEZ (dir.), *Responsabilidad social de la empresa y Derecho* Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.1, n.1, jun/dez., 2016.

definición del interés social contenida en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital, permite comprender dentro de su ámbito la realización de actividades de responsabilidad social empresarial, si bien la cuestión resulta discutida en el seno de la doctrina y la jurisprudencia españolas. Y ello sin perjuicio de las referencias genéricas que sobre nuestro tema se contienen en la todavía reciente, y ya casi olvidada, Ley de Economía sostenible³⁴.

(c) *Balance provisional de la responsabilidad social de la empresa.*

Al margen, por el momento, de estos detalles técnicos, me ha parecido conveniente glosar en este trabajo el fenómeno de la responsabilidad social de la empresa, como supuesto de incipiente “moralización” de las relaciones de las empresas con la sociedad, llamando la atención de su relieve para el Derecho. No ha sido éste, con todo, el planteamiento predominante al respecto, en el cual encontramos profusas referencias desde la Ciencia económica, por supuesto, pero también desde la Sociología e, incluso, desde la Ética de la empresa, disciplina de no muy larga vida, pero de prometedor futuro. También el Derecho, y, muy especialmente, el Derecho mercantil, tienen un papel relevante en este campo y sería de gran utilidad que nuestros juristas consagraran mayor atención al estudio del encaje de la responsabilidad social de la empresa en el ámbito del ordenamiento jurídico. Ganaría con ello la Empresa³⁵, como institución de la realidad

Mercantil, cit., pp. 155 y ss., J.A. GÓMEZ SEGADÉ, “A responsabilidade dos administradores das sociedades no quadro da responsabilidade social da empresa”, cit. pp. 352 y ss.

³⁴ Véase L. NAVARRO MATAMOROS, “Gobierno corporativo, Economía sostenible y responsabilidad social de la empresa”, en R. ALFONSO SÁNCHEZ (dir.), *Economía Social y Economía Sostenible*, Cizur Menor, 2010, pp. 281 y ss. No son éstas, con todo, las únicas referencias a la responsabilidad social de la empresa en nuestro ordenamiento; por su llamativa presencia en la realidad de nuestros días, merece la pena mencionar los artículos 73 a 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad, y en especial lo dispuesto en el último de ellos, relativo, como es notorio, a la participación de las mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles (sobre dicho asunto, J.M. EMBID IRUJO, “Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en T. SALA FRANCO [coord.] *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid, 2008, pp. 324 y ss.

³⁵ No parece que sea otro, en última instancia, el objetivo básico de las acciones de responsabilidad social de la empresa; en este sentido, J.M. EMBID IRUJO, “La responsabilidad social corporativa ante el Derecho Mercantil”, *CDC*, 2004 (42), pp. 15 y ss.

económica, cuya legitimación social aumentaría, pero también quienes con ella entran en relación, además de la realidad social circundante y la tutela del medio ambiente.

Consideraciones finales

Aun siendo instituciones determinantes para la delimitación y alcance del Derecho Mercantil, no es fácil fijar criterios seguros de política jurídica en torno al Mercado y la Empresa, cuya consideración, en el marco de la actual crisis económica, ha constituido el núcleo del presente trabajo. Y ello, desde luego, por la extraordinaria incertidumbre que envuelve al momento presente, en el que aspectos de no fácil comprensión por los ciudadanos se han apoderado del primer plano del espacio público, incidiendo de manera determinante en la vida de todos nosotros. Esa incertidumbre se ha trasladado al ordenamiento jurídico, con inmediata repercusión en el Derecho Mercantil y, más específicamente, en algunos de sus sectores más relevantes³⁶, haciendo más complejo no sólo el proceso de aplicación de sus normas, sino, sobre todo, la elaboración de las nuevas reglas, cuya utilidad resulta casi siempre problemática tras su promulgación. En este contexto de dificultad, parece necesario, a mi juicio, reivindicar el papel del Derecho y la necesidad de que, desde los valores que el ordenamiento ha de realizar al servicio de la persona, los juristas contribuyan a la solución justa de los muchos problemas que aquejan a la sociedad de nuestros días. Ello requiere asumir una perspectiva amplia, a tono con la dimensión global del tráfico jurídico, y una actitud metódica de colaboración con otras disciplinas, no sólo jurídicas, que permita al Derecho ejercer su consabida funcionalidad social, al servicio de la justicia, y a los juristas superar el “espléndido aislamiento” al que, de grado o por fuerza, se ven confinados en la mayoría de los casos. Con todo, la puesta en práctica de ese criterio requiere contar con fundamentos sólidos en torno a lo que han de significar el Mercado y la Empresa, evitando en lo posible que las líneas generales en torno a su significado vengán determinadas unilateralmente por un pensamiento exclusivista que, focalizado en alguna de sus vertientes, ignore la trascendencia social de

³⁶ Como, entre otros, el Derecho de sociedades; al respecto, véase, J.M. EMBID IRUJO, “El presente incierto del Derecho de sociedades”, *RDM*, 2009 (272), pp. 453 y ss.; en general, G. ROSSI, “Crisi del capitalismo e nuove regole”, *Riv. Soc.*, 2009 (54), pp. 924 y ss., G. SPINDLER, “Finanzmarktkrise und Wirtschaftsrecht”, *Die AG*, 2010 (17), pp. 601 y ss.

ambos. Y es que, como recordó Octavio Paz³⁷ a propósito del Mercado, pero lo mismo podría decirse, al menos en sentido amplio, de la Empresa, “el mercado es un mecanismo eficaz pero, como todos los mecanismos, no tiene conciencia y tampoco misericordia. Hay que encontrar la manera de insertarlo en la sociedad para que sea la expresión del pacto social y un instrumento de justicia y equidad”.

³⁷ En el discurso de recepción del premio Nobel de Literatura de 1990; la cita está extraída de O. PAZ, *Sueño en libertad. Escritos políticos* (Selección y prólogo de Y. GRENIER), Barcelona, 2001, p. 452.