

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y EL FOMENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO: UNA SIMBIOSIS NECESARIA*

Salomé Santos Lorenzo

RESUMEN

La pregunta a la que pretende dar respuesta este artículo es si es posible integrar de forma eficaz la Responsabilidad Social Corporativa en los procesos de toma de decisiones de las empresas. La pregunta se aborda haciendo, en primer lugar, un breve análisis del modelo económico neoliberal vigente hasta la fecha. A juicio de la autora, uno de los principales factores que han contribuido a su crisis es el excesivo protagonismo que han cobrado las reglas del mercado como árbitro garante del bien común. A partir de esta constatación, el artículo propone la creación de un nuevo marco normativo, en el que se integren las reglas que fomentan y protegen la libre competencia de las empresas en el mercado -el denominado Derecho de la Competencia-, con los principios de la Responsabilidad Social Corporativa. De esta simbiosis podría surgir una nueva rama del Derecho orientada a promover y garantizar la acción responsable de las empresas en el mercado.

SUMARIO: 1. Introducción.- diagnóstico del modelo económico actual y constatación de la necesidad de un cambio; 2. La aplicación de los principios de la Responsabilidad Social Corporativa en el ámbito del Derecho de la Competencia; 3. La aplicación en el ámbito de la Responsabilidad Social Corporativa de las reglas que garantizan la efectividad del Derecho de la Competencia; 3.1. El Derecho de la Competencia como modelo en el ámbito político/legislativo; 3.2. El Derecho de la

· Simbiosis, término de origen griego que significa convivencia. Se define en el diccionario como una “asociación íntima y prolongada de dos o más”.

· Salomé Santos Lorenzo es profesora de Derecho Europeo y de la Competencia. Todas las opiniones reflejadas en este artículo son estrictamente personales. La autora quiere agradecer a Elías López Pérez su valiosísima contribución a la elaboración de este artículo.

Competencia como modelo en el ámbito empresarial; 4. Conclusión.- del Derecho de la Competencia al Derecho de la Acción Responsable de las empresas en el mercado.

“Ahora bien, todo ejercicio de la libertad natural de unos pocos individuos que pueda poner en peligro la seguridad de toda la sociedad es y debe ser restringido por las leyes de todos los Estados”

Adam Smith¹

1. INTRODUCCIÓN.- DIAGNÓSTICO DEL MODELO ECONÓMICO ACTUAL Y CONSTATACIÓN DE LA NECESIDAD DE UN CAMBIO

Nos encontramos en un momento encrucijada, en el que el modelo neoliberal que se impuso en la década de los 90 del siglo pasado, que abogaba por la reducción del Estado a su mínima expresión y la opción de los mercados como únicos agentes reguladores de la actividad económica, se tambalea como consecuencia de la crisis financiera y sus posteriores secuelas en la economía real y en el nivel de endeudamiento de los Estados, con los consiguientes niveles de desempleo, desigualdad y exclusión social. El horizonte no se presenta tampoco nada halagüeño desde el punto de vista medioambiental y de la gestión de los recursos naturales, cuyo agotamiento en algunos casos se empieza ya a vislumbrar como una realidad cercana.

¿Qué es lo que está fallando en el actual modelo económico para que nos hayamos visto abocados a una situación de crisis como la actual y para que las perspectivas de sostenibilidad del modelo, desde el punto de vista social y medioambiental, sean tan negativas? Es probable que no exista una respuesta unívoca a esta pregunta. Probablemente sean varios los factores –sociológicos, económicos, políticos, culturales–

¹ La riqueza de las Naciones. Libro II, Sección 2.

que expliquen la actual crisis y la falta de sostenibilidad del modelo actual. Pero siendo varios los factores, desde la óptica económica hay uno que se perfila como un factor determinante, y es el excesivo protagonismo que se le ha dado en los últimos tiempos a las reglas del mercado y a la promoción de la competencia feroz entre las empresas como único árbitro garante del bien común. En un contexto de competencia feroz por el mercado, es posible que algunas empresas no se puedan permitir el lujo de invertir en tecnologías y recursos que reduzcan su consumo de energía, o que no puedan reducir las jornadas laborales de sus empleados, o comprar materias primas con garantías de comercio justo, sencillamente porque si lo hacen se arriesgan a perder su posición competitiva en el mercado, por el incremento de costes que este tipo de inversiones o decisiones empresariales podrían suponer en el corto plazo.

Así, la mayoría de la doctrina económica² sitúa el origen de la crisis financiera actual en el exceso de competencia entre las entidades financieras por captar clientes y ganar cuota de mercado, y en la ausencia de controles por parte de las autoridades regulatorias para evitar una excesiva exposición al riesgo de dichas entidades. Si bien es cierto que el exceso de concentración en el sector financiero puede dar lugar a tipos de interés injustificadamente altos y consecuentemente a mayores dificultades para pagar los créditos, la situación inversa, esto es, el exceso de competencia entre las entidades financieras, junto con la ausencia de regulación, ha provocado que algunas de estas entidades hayan adoptado políticas de excesiva exposición al riesgo, con el objetivo de captar o mantener a toda costa su cartera de clientes, concediendo préstamos a clientes con riesgo de insolvencia y poniendo en riesgo en último término la estabilidad del propio sistema financiero, y todo ello sin que las autoridades regulatorias hayan sido capaces de adoptar ninguna medida para evitar llegar a esta situación³.

² Jiménez, G; J. A. Lopez y J. Saurina (2007): "How does competition impact bank risk taking? Working Paper 2007-23, Federal Reserve Bank of San Francisco. Keeley, M.C. (1990): "Deposit insurance, risk and market power in banking" *American Economic Review*, 80, 1183-1200. Martínez-Miera, D. y R. Repullo (2010): "Does competition reduce the risk of bank failure?" *Review of Financial Studies*, 23 (10), 3668-3664.

Salas, V. y J. Saurina (2003): "Deregulation, market power and risk behavior in Spanish banks". *European Economic Review*, 47, 1061-1075. Saurina, J. (2011): "Integración, competencia y estabilidad del sistema financiero", Capítulo 9 del libro editado por J.L. Malo de Molina y P. Martín-Aceña titulado "Un siglo de historia del sistema financiero español", Alianza Editorial.

³ Véase, a modo de ejemplo, el artículo publicado en *The Economist* (2009): "Deliver us from competition", (June 27th, 90), que señala:

"That firms that strive hard to sustain profits may act incautiously is a concern in many industries. The severity of today's financial crisis is blamed by some on the pressure of

Por tanto, es necesario reconocer que la aplicación fundamentalista de las reglas del mercado, sin ningún otro criterio que las module, puede dar lugar a largo plazo a situaciones extremas en las que el propio mercado esté en peligro e incluso termine desapareciendo. Así, el modelo actual se ha basado en la premisa de que “o creces, o mueres”. Pero paradójicamente la crisis ha venido a poner de manifiesto que el crecimiento a toda costa podría terminar provocando la muerte.

De ello se deduce que el desarrollo económico del futuro debe basarse en la consolidación de un modelo económico alternativo al que ha existido hasta ahora, que dé respuesta a los excesos del modelo neoliberal. Pero, ¿cuál debe ser ese modelo? Si el origen de la crisis se explica, entre otros factores, en la aplicación fundamentalista de las reglas del mercado, ¿significa esto que el nuevo modelo debe rechazar las reglas del libre mercado y establecer nuevas fórmulas revolucionarias de organización económica? La respuesta a esta pregunta es, claramente, no. Todo lo contrario, este artículo parte de la base de que hay que seguir fomentando la libre competencia en el mercado como una forma eficiente de repartir los recursos económicos. La competencia hace que las empresas se esfuercen en ser lo más eficientes posible, reduciendo costes para garantizar que los precios sean los más bajos posibles e incrementando la calidad y variedad de productos ofrecidos a los consumidores. Y desde luego que las empresas deben seguir manteniendo como uno de sus objetivos prioritarios la búsqueda de beneficios empresariales, porque dichos beneficios son fuente generadora de riqueza y de empleo.

Sin embargo, es necesario que en el modelo se introduzcan de forma efectiva otras variables que sirvan para modular la actividad de la empresa de forma que sus beneficios empresariales sean "sostenibles" en el tiempo. El desafío está, por tanto, en implantar un nuevo modelo que, basándose en la búsqueda del beneficio empresarial y en las leyes de la oferta y la demanda, integre junto con estas variables otros objetivos relacionados con parámetros de bienestar social y sostenibilidad medioambiental⁴.

competition on banks. There is a bulky academic literature that links liberalisation of markets with an increase of bank failures. It argues that the lifting of restraints, such as interest-rate caps on deposits or rules that prevent banks from operating in certain markets, leads to more intense competition. That is good for borrowers, but it also hurts banks' profit margins by reducing the "franchise value" that comes from expected earnings".

⁴ Algunos autores utilizan el concepto de “triple cuenta de resultados” (en inglés *triple “P”: profit, planet and people*), para referirse a la necesidad de integrar estos valores en la cuenta de resultados de la empresa. Véase el Informe Brundtland.

Afrontar este desafío no es fácil. El crecimiento de los beneficios, la eficiencia, el ahorro de costes o el incremento de la producción por un lado, y la satisfacción de los empleados, la gestión responsable, el cuidado del medioambiente o la acción social por otro, son grupos de objetivos que en el actual modelo económico neoliberal se han percibido *de facto* como objetivos distintos e incluso contradictorios entre sí. Una cosa es hablar de los objetivos empresariales de beneficio, de eficiencia o de crecimiento, y otra cosa es hablar de objetivos de satisfacción en el trabajo, gestión responsable, respeto por el medioambiente o conciencia social. Los primeros se consideran objetivos reales y toda la estrategia de la empresa (comercial, financiera, de recursos humanos, etc.) se diseña para conseguir esos objetivos, y los segundos se consideran accesorios. Así, en la mayoría de las empresas, la dimensión social se encuentra dissociada de la dimensión comercial, y el concepto de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) constituye un apéndice, una partida más de gasto o de reducción de los beneficios que hay que incluir en el presupuesto.

Este artículo pretende demostrar que es factible cambiar el actual modelo e integrar de forma efectiva y real los principios de la RSC en el proceso de toma de decisiones de las empresas. Para ello es necesario crear un marco normativo sólido, en el que se integren junto con las reglas del Derecho de la Competencia ya existentes, un nuevo conjunto de reglas que fomenten y garanticen la Acción Responsable de las empresas en el mercado. El objetivo sería, por tanto, lograr la aplicación efectiva, transversal y conjunta, del principio de la libre competencia de las empresas en el mercado y los principios de la RSC, creando para ello una nueva rama del Derecho, el **Derecho de la Acción Responsable** de las empresas en el mercado.

Este objetivo puede parecer excesivamente ambicioso –crear una nueva rama del Derecho suena a revolución en el ordenamiento jurídico de un Estado–, pero no lo es. De hecho, veremos a lo largo de este artículo que bastaría con:

- (i) por un lado, extender la aplicación de los principios de la RSC al ámbito del Derecho de la Competencia; y
- (ii) por otro, extender los mecanismos que garantizan la aplicación efectiva del Derecho de la Competencia al ámbito de la RSC.

2. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Derecho de la Competencia tiene por objeto impedir que el funcionamiento competitivo del mercado se vea distorsionado por el comportamiento de empresas que abusen de su posición de dominio, o que acuerden con otras subir precios o repartirse mercados.

Por tanto, el Derecho de la Competencia persigue una finalidad social, en la medida en que garantiza que los consumidores no se vean perjudicados por prácticas anticompetitivas de empresas que con su comportamiento distorsionen las reglas del juego competitivo. Actuar respetando la libre competencia en el mercado significa actuar con responsabilidad y con ética. Al cumplir con la normativa de la competencia, las empresas optan por comportarse de forma responsable con sus clientes, proveedores y competidores, basando su crecimiento en ser cada día más competitivas, reduciendo costes, prestando un mejor servicio a sus clientes y mejorando la calidad y variedad de sus productos.

Siendo esta la razón de ser del Derecho de la Competencia, parece lógico que el cumplimiento de esta normativa se integre dentro del Código de Conducta de las empresas, como una obligación más derivada de la gestión responsable o RSC.

Si el lugar natural de la política de cumplimiento con las normas del Derecho de la Competencia es el de la RSC, la pregunta que cabe plantearse es si el cumplimiento del Derecho de la Competencia es un objetivo que ha de perseguirse de forma aislada, como si se tratara de un fin en sí mismo, o por el contrario debe integrarse en un concepto más amplio de “Acción Responsable de la empresa en el mercado”, que incluya otros principios de la RSC.

Tal y como ya he anticipado, a mi juicio, la aplicación del Derecho de la Competencia debiera contextualizarse en el entorno más amplio de la RSC. El objetivo de garantizar el libre juego competitivo que pretende el Derecho de la Competencia no debe considerarse como un objetivo en sí mismo, sino como un instrumento para la

consecución de objetivos de espectro más amplio, como el bienestar social, el reparto y la gestión eficiente de los recursos, o la sostenibilidad medioambiental.

Es posible que la visión neoliberal que ha marcado el último ciclo económico sea la responsable de que el Derecho de la Competencia se haya percibido en algunos ámbitos decisionales como un fin en sí mismo, aislado y descontextualizado, tecnificado hasta el extremo de que en su aplicación a veces se ha perdido de vista la razón de ser última de dicho cuerpo normativo, que no es más que procurar el bien común mediante el comportamiento leal y responsable de las empresas en el mercado.

Sin embargo, debe recordarse que Adam Smith, el gran defensor del mercado como árbitro de la distribución eficaz de los recursos, el autor de la expresión “la mano invisible” con la que en los últimos tiempos se ha “sacralizado” el concepto de “libertad de mercado”, no era un defensor de los postulados neoliberales, sino que por el contrario siempre mantuvo en su discurso el bien común como fin al que las reglas del mercado debían orientarse. En efecto, Adam Smith fue, sobre todo, un filósofo. Fue catedrático de Lógica y de Filosofía Moral, y su primera gran obra se tituló “La teoría de los sentimientos morales”. Buena parte del libro “La Riqueza de las Naciones”, en el que introduce el concepto de la “mano invisible”, está basado en las enseñanzas de su profesor, el catedrático de Filosofía Moral Francis Hutcheson, y en la sección de su asignatura en la que abordaba la temática de la “moral práctica”. La tesis que Adam Smith defiende es que la conducta económica fundada en el propio interés desencadena a través de la mano invisible del mercado un resultado que no entraba en los planes de cada individuo: el desarrollo económico y la prosperidad general⁵. Ahora bien, el Estado debe tener siempre, según Adam Smith, un marco de acción que impida que los intereses creados de unos pocos pongan en peligro los intereses más amplios de la sociedad⁶.

⁵ “En la medida en que todo individuo procura en lo posible invertir su capital en la actividad nacional y orientar esa actividad para que su producción alcance el máximo valor, todo individuo necesariamente trabaja para hacer que el ingreso anual de la sociedad sea el máximo posible. Es verdad que por regla general él ni intenta promover el interés general ni sabe en qué medida lo está promoviendo. Al preferir dedicarse a la actividad nacional más que a la extranjera, él sólo persigue su propia seguridad; y al orientar esa actividad de manera de producir un valor máximo él busca sólo su propio beneficio, pero en este caso como en otros una mano invisible lo conduce a promover un objetivo que no entraba en sus propósitos. El que sea así no es necesariamente malo para la sociedad. Al perseguir su propio interés frecuentemente fomentará el de la sociedad mucho más eficazmente que si de hecho intentase fomentarlo” La Riqueza de las Naciones. Libro IV. Sección II.

⁶ Véanse, a modo de ejemplo, los siguientes extractos de su libro La Riqueza de las Naciones:

Resulta paradójico que con frecuencia se identifique a Adam Smith con la imagen del capitalismo salvaje, desconsiderado y brutal, cuando él fue siempre un profesor de moral preocupado por las reglas éticas que limitan y constriñen la conducta de los seres humanos.

También el origen del Derecho de la Competencia demuestra que en la mente de los legisladores cuando crearon este cuerpo normativo estaba el bienestar social como telón de fondo sobre el que debe operar el mercado. La primera normativa de defensa de la competencia se estableció en 1890 en Estados Unidos –la Sherman Act⁷– para proteger a los consumidores, a los agricultores y a las pequeñas empresas de los abusos de los grandes conglomerados estadounidenses, los denominados *trusts*.

En Europa, el Derecho de la Competencia fue concebido como un instrumento dirigido a conseguir el objetivo de la integración de los mercados de los Estados Miembros. El artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*TFUE*) establece como uno de los objetivos primordiales de la Unión Europea la consecución de un “mercado interior”, definido como “*un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados*”. Así, el Derecho de la Competencia⁸ se concibe como una política de la UE que se compone de un conjunto de normas que tienen por objetivo prohibir a las empresas desarrollar comportamientos que puedan restringir la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales.

Sin embargo, la consecución de un mercado único europeo no se plantea como un objetivo aislado e incondicionado. Por el contrario, en las disposiciones del TFUE que

“Ahora bien, todo ejercicio de la libertad natural de unos pocos individuos que pueda poner en peligro la seguridad de toda la sociedad es y debe ser restringido por las leyes de todos los Estados” La Riqueza de las Naciones. Libro II. Sección II.

“El interés de los empresarios en cualquier rama concreta del comercio o la industria es siempre en algunos aspectos diferente del interés común, y a veces su opuesto. El interés de los empresarios siempre es ensanchar el mercado pero estrechar la competencia. La extensión del mercado suele coincidir con el interés general, pero el reducir la competencia siempre va en contra de dicho interés, y sólo puede servir para que los empresarios, al elevar sus beneficios por encima de lo que naturalmente serían, impongan en provecho propio un impuesto absurdo sobre el resto de sus compatriotas”. La Riqueza de las Naciones. Libro I. Sección 11.

“La máxima vil de los poderosos parece haber sido siempre: todo para nosotros, nada para los demás”. La Riqueza de las Naciones. Libro III. Sección 4.

“Pero la mezquina rapacidad y el espíritu monopolista de los comerciantes y los industriales, que no son ni deben ser los gobernantes de la humanidad [...]” La Riqueza de las Naciones. Libro IV. Sección III.

⁷ Aprobada y reconocida como la “Sherman Act” por el Congreso de EEUU en la Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act de 1976 (Public Law 94-435, Title 3, Sec. 305(a), 90 Stat. 1383 at p. 1397).

⁸ Artículos 101 a 106 del TFUE.

garantizan la libre circulación de mercancías⁹, de personas¹⁰, de servicios¹¹ y de capitales¹², y la jurisprudencia que desarrolla dichas disposiciones, se hace siempre referencia a la posibilidad de que dichas libertades puedan ser atemperadas o limitadas por otros objetivos de interés general como la salud pública, la seguridad y moralidad pública, el medioambiente, los derechos sociales, las tradiciones culturales locales, etc.¹³

En el caso de las normas relativas al Derecho de la Competencia, no existe ningún artículo en el TFUE en el que específicamente se hable de la posibilidad de tener en cuenta otros objetivos de interés público que no sean estrictamente económicos. En el artículo 101.3 del TFUE se reconoce expresamente que los acuerdos restrictivos de la libre competencia pueden comportar beneficios objetivos que compensen los efectos negativos de la restricción de la competencia. Sin embargo, la interpretación que la Comisión Europea ha dado a esta posibilidad de excepción se ha limitado al análisis de efectos económicos positivos que contrarresten los efectos negativos para la libre competencia en el mercado, sin dar cabida en esta valoración a otros intereses públicos de naturaleza no económica¹⁴. Además, la interpretación que las autoridades encargadas de aplicar el Derecho de la Competencia han dado a la posibilidad de excepcionar o modular la aplicación de las normas del Derecho de la Competencia para tomar en consideración otros objetivos de interés general ha sido hasta la fecha muy restrictiva¹⁵.

Sin embargo, no debe olvidarse que el Derecho de la Competencia es una política más dentro del conjunto de políticas de la Unión Europea y que, como tal, debe aplicarse de forma coordinada y coherente con los demás objetivos de interés público perseguidos por la UE. Así, el artículo 7 del TFUE señala expresamente que *“la Unión velará por la coherencia entre sus diferentes políticas y acciones, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos”*. A continuación, en los artículos 8, 9, 10 y 11, se enumeran como objetivos prioritarios de la Unión Europea la protección social, la lucha contra la exclusión social, la lucha contra toda discriminación, la protección del medioambiente, o la protección de

⁹ Artículos 28 a 37 del TFUE.

¹⁰ Artículos 45 a 48 del TFUE.

¹¹ Artículos 49 a 62 del TFUE.

¹² Artículos 63 a 66 del TFUE.

¹³ Artículos 36, 45.3, 52, 65 del TFUE y jurisprudencia sobre la *“rule of reason”* establecida por primera vez en la Sentencia de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, As. 120/78, Rec. P. 649.

¹⁴ Véase el apartado 32 y 33 de las Directrices sobre la aplicación del artículo 81.3 (actualmente artículo 101.3 del TFUE), DOCE C 101, de 27.4.2004, página 97 y siguientes.

¹⁵ Aunque algunas Sentencias como la Sentencia en el caso *Metropole contra Comisión* (Asunto T-528/93), el Tribunal expresamente señaló que la Comisión, cuando aplica el artículo 101.3 del TFUE, puede tomar en consideración argumentos que conciernan al interés general.

los consumidores, objetivos que necesariamente deben ser tomados en consideración en la elaboración de cualquier política comunitaria o en la adopción de cualquier decisión. Por otro lado, junto con la política de defensa de la competencia, existen otras políticas europeas igualmente importantes como por ejemplo, la política medioambiental¹⁶, la política agrícola¹⁷, la política social¹⁸, de educación¹⁹, de salud pública²⁰, o la de cohesión económica, social y territorial²¹, que deben ser aplicadas de forma coherente por las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento. Finalmente, no debe tampoco menospreciarse el hecho de que en el TFUE se define a la Unión Europea como una economía de mercado social, y no como una economía de mercado, sin más²².

Por tanto, nada impide a las autoridades encargadas de aplicar las normas del Derecho de la Competencia tener en cuenta otros intereses públicos distintos del puro favorecimiento de la libre competencia en el mercado. Por el contrario, a juzgar por el contenido del artículo 7 del TFUE y del artículo 3 del TUE, las autoridades debieran siempre y en todo caso garantizar una aplicación coherente de todos los intereses públicos protegidos y reconocidos en las distintas políticas de la Unión Europea. Porque, a la hora de valorar la compatibilidad con las normas de defensa de la competencia de un acuerdo entre varias empresas: ¿no es lógico que las autoridades de competencia tengan en cuenta la protección de otros intereses públicos, además del funcionamiento competitivo del mercado, como por ejemplo la protección de la biodiversidad, la lucha contra el cambio climático, la protección de los derechos de los trabajadores, o la preservación del tejido rural de determinadas comunidades? Si se produjese un pacto en una determinada industria para no comercializar determinado tipo de electrodoméstico, más barato pero

¹⁶ Artículos 191 a 193 del TFUE.

¹⁷ Artículos 38 a 44 del TFUE.

¹⁸ Artículos 151 a 161 del TFUE.

¹⁹ Artículos 165 a 166 del TFUE.

²⁰ Artículo 168 del TFUE.

²¹ Artículos 174 a 178 del TFUE.

²² Véase el artículo 3 del Tratado sobre la Unión Europea (TUE), que establece que “*la Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico*”. Podría pensarse que estos principios sólo resultan aplicables al territorio europeo, pero no es así, tal y como pone de manifiesto el artículo 3.5 del TUE, que señala que “*en su relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respecto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas*”.

que, por sus características, resulta mucho más nocivo para el medioambiente que otros electrodomésticos, más caros, de nueva generación, ¿no es lógico que las autoridades de competencia analicen la legitimidad de dicho acuerdo de restricción de la producción desde la óptica no sólo de la preservación de la libre competencia en el mercado, sino también desde la óptica medioambiental? Si en el sector de la bioquímica, empresas competidoras se pusieran de acuerdo para no vender a empresas que utilizan sus compuestos químicos para fines armamentísticos, con el objetivo de evitar que ninguna de ellas pueda obtener una ventaja competitiva frente a las demás basada en la venta de un mayor volumen de producto a la industria armamentística, ¿no es lógico que las autoridades de competencia analicen la legitimidad de dicho boicot colectivo, no sólo desde la óptica de la libertad de mercado, sino también desde la óptica de la preservación de la seguridad pública? Y así podríamos seguir enumerando potenciales escenarios en los que el comportamiento de las empresas en el mercado, a pesar de producir restricciones a la libre competencia entre las mismas, podría resultar beneficioso para la preservación de otros intereses públicos igualmente importantes.

En este contexto, es necesario que a nivel legislativo y decisonal se produzca una apuesta definitiva por la integración de otros intereses públicos en el análisis de la compatibilidad con las normas del Derecho de la Competencia de los comportamientos de las empresas en el mercado. Se impone una visión “transversal” de los distintos intereses públicos, que evite que el comportamiento de las empresas en el mercado sea únicamente valorado en función del objetivo de preservar el funcionamiento competitivo del mercado, de forma aislada e independiente de otros intereses públicos que podrían resultar también afectados. Es necesaria, pues, una aproximación más sofisticada al análisis del comportamiento de las empresas en el mercado, en la que se modulen los diferentes intereses públicos en juego para llegar a soluciones equilibradas.

¿Cómo hacerlo? Seguramente existan diferentes opciones metodológicas. Entre ellas merece la pena destacar las dos siguientes, cuya puesta en práctica resultaría relativamente sencilla como se verá a continuación:

Una primera metodología podría consistir en extender al ámbito del Derecho de la Competencia el procedimiento de análisis que ha venido funcionando razonablemente bien en el terreno de las normas que garantizan en la Unión Europea la libre circulación de mercancías, trabajadores, servicios y capitales.

Como he señalado anteriormente, las disposiciones que regulan estas cuatro libertades permiten a los Estados Miembros adoptar medidas que restrinjan el acceso al mercado nacional de los productos, servicios, personas o capitales procedentes de otros Estados Miembros cuando estén en peligro otros intereses públicos dignos de protección. El examen de licitud de una medida estatal restrictiva del libre comercio se realiza en dos fases. En primer lugar, se analiza si la medida persigue un objetivo legítimo o interés público digno de protección. En segundo lugar, se analiza si el objetivo legítimo o el interés público que se pretende proteger puede alcanzarse mediante medidas menos restrictivas para el libre comercio (*test de proporcionalidad*)²³. Si estos dos requisitos se dan, se podrá concluir que la medida restrictiva del libre comercio es sin embargo necesaria y legítima para proteger otros intereses públicos igualmente importantes y distintos del fomento del libre comercio en Europa. Esta metodología responde a una técnica jurisprudencial típicamente anglosajona, la denominada “*rule of reason*”, en virtud de la cual un principio general debe ser atemperado, atenuado, modulado o adaptado a lo que es razonable en cada caso concreto.

Los ejemplos de sentencias en las que el tribunal europeo ha aplicado la “*rule of reason*” son innumerables. De hecho, aunque el TFUE únicamente contempla una lista limitada de intereses públicos que podrían justificar restricciones al libre comercio entre los Estados Miembros²⁴, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado jurisprudencialmente el listado a cualquier interés público que sea digno de protección en Europa. Así, por ejemplo, el tribunal europeo ha considerado legítima una medida estatal que prohibía sin previa autorización la exportación de hornos de inducción al vacío a países terceros con riesgos de guerra cuando fuese necesario para “*prevenir una perturbación de la coexistencia pacífica de los pueblos*”²⁵. También ha permitido una medida estatal que obligaba a las empresas privadas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por fuentes de energía renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad, “*puesto que esta normativa es útil para la protección del medio ambiente en*

²³ Conforme a la jurisprudencia consolidada en esta materia, “*tales restricciones sólo pueden estar justificadas si son adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no van más allá de lo necesario para alcanzarlo*”. Véase, por todas, la Sentencia de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, As. 120/78, Rec. P. 649.

²⁴ Artículos 36, 45.3, 52, 65 del TFUE.

²⁵ Sentencia *Werner*, Asunto C-70/94, de 17 de octubre de 1995.

la medida en que la utilización de las fuentes de energía renovables que pretende fomentar contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos”²⁶. Otros intereses públicos que han justificado restricciones impuestas por los Estados Miembros al libre comercio en Europa son la protección de los menores (por ejemplo imponiendo restricciones a la comercialización de DVDs)²⁷, la protección de la cultura²⁸, el mantenimiento del pluralismo de la prensa²⁹, la seguridad vial³⁰, la mejora de las condiciones laborales³¹, la lucha contra el crimen organizado³² o la protección de los animales³³.

Pues bien, del mismo modo que se permite a los Estados imponer restricciones al libre comercio en Europa cuando estas restricciones persiguen objetivos legítimos de interés público no económicos, se debería también permitir a las empresas adoptar comportamientos en el mercado que pudieran producir restricciones a la libre competencia si dichos comportamientos, aparte de perseguir el lógico interés particular de las empresas, sirven también para la consecución de otros intereses públicos no económicos dignos de protección.

A mi juicio, esta metodología se podría adoptar fácilmente en el ámbito del Derecho de la Competencia sin necesidad de modificar la legislación vigente. Simplemente bastaría con un desarrollo jurisprudencial claro del contenido del artículo 101.3 del TFUE –que contempla la posibilidad excepcionar la aplicación de las normas del Derecho de la Competencia cuando exista una justificación para ello-, en el sentido de permitir el uso de razones de interés público de carácter no económico. En efecto, del mismo modo que el tribunal europeo ha ampliado jurisprudencialmente, utilizando la técnica de la “*rule of reason*”, el listado de intereses públicos previstos en el TFUE que pueden justificar restricciones de los Estados Miembros al libre comercio, también podría ampliar el ámbito de aplicación del artículo 101.3 del TFUE a intereses públicos no económicos, que podrían justificar comportamientos de las empresas potencialmente restrictivos de la competencia.

²⁶ Sentencia *PreussenElektra*, Asunto C-379/98, de 13 de marzo de 2001.

²⁷ Sentencia *Dynamic Medien*, Asunto c-244/06, de 14 de febrero de 2008.

²⁸ Sentencia *Cynéthèque*, Asuntos 60/84 y 61/84.

²⁹ Sentencia *Mamiliapress*, Asunto C-368/95.

³⁰ Sentencia *Comisión c. Finlandia*, Asunto C-54/05.

³¹ Sentencia *Oebel*, Asunto 155/80.

³² Sentencia *Comisión c. Portugal*, Asunto C-265/06.

³³ Sentencia *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers and Andibel*, Asunto C-219/07.

Una segunda metodología podría consistir en aplicar en el ámbito del Derecho de la Competencia la denominada “*multi-stakeholder theory*”³⁴. Conforme a esta teoría, el comportamiento de las empresas en el mercado tendría que analizarse teniendo en cuenta qué efectos tiene dicho comportamiento sobre todos los grupos de interés afectados, es decir, no sólo sobre los consumidores (como sucede en la actualidad), sino también sobre los trabajadores de la empresa, los clientes, los proveedores y los ciudadanos que son sujetos pasivos de dicho comportamiento. Así, un acuerdo entre varias empresas podría ser legítimo aunque potencialmente produzca ciertas restricciones a la libre competencia en el mercado si dicho acuerdo es el resultado de la toma en consideración de los intereses de todos los afectados por dicho acuerdo, esto es, no sólo de los consumidores, sino también del resto de los grupos de interés afectados. A modo de ejemplo, promover un boicot colectivo a empresas que comercialicen productos que no tengan garantías de comercio justo, a pesar de limitar el abanico de productos ofrecidos al consumidor y eventualmente incrementar el precio de dichos productos, podría ser beneficioso para proteger los intereses de los grupos más necesitados de protección, como los proveedores de terceros países en los que no existan garantías sociales mínimas.

Para incorporar la “*multi-stakeholder theory*” al Derecho de la Competencia no haría tampoco falta afrontar ninguna reforma legislativa, ya que no existe ninguna disposición en el Derecho de la Competencia que establezca que el único sujeto pasivo digno de protección es el consumidor. Bastaría con que jurisprudencialmente se interpretase que estas disposiciones incluyen como sujetos pasivos dignos de protección a todos los grupos de interés afectados por el comportamiento de la empresa, y no sólo a los consumidores.

En definitiva, es necesario un giro jurisprudencial claro en la aplicación del Derecho de la Competencia, en el que se sustituya el concepto de “consumidor” como único sujeto pasivo beneficiario de la lucha competitiva de las empresas, por un concepto más amplio, el concepto de “ciudadano”, que incluya a todos los colectivos afectados por el comportamiento de la empresa, como los proveedores, los clientes, los trabajadores o los ciudadanos de la comunidad en la que la empresa desarrolla su actividad. No se trata

³⁴ La “*multi-stakeholder theory*” es una teoría de gestión organizacional que fue expuesta por primera vez por R. Edward Freeman en su libro “*Strategic Management: A Stakeholder Approach*”. La teoría consiste en identificar todos los grupos cuyos intereses se ven afectados por la actividad de una empresa para posteriormente arbitrar los mecanismos necesarios para que la gestión de la empresa tenga en cuenta todos los intereses afectados.

sólo de que el consumidor tenga acceso a un gran abanico de productos de calidad a los precios más bajos posible, sino también de que ese mismo consumidor, en su vertiente más amplia de ciudadano, tenga derecho a que la lucha competitiva entre las empresas no se haga a costa de poner en peligro la sostenibilidad social y medioambiental del entorno en el que vive.

Cualquiera de estas dos metodologías –ya sea la de poner como sujeto pasivo beneficiario de la lucha competitiva de las empresas al “ciudadano”, o la de exigir a las autoridades encargadas de aplicar la normativa de defensa de la competencia que tomen en consideración otros intereses públicos no económicos-, serviría para integrar de forma natural al Derecho de la Competencia dentro de un área más amplia del Derecho que promueva y garantice la Acción Responsable de las empresas en el mercado.

3. LA APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA DE LAS REGLAS QUE GARANTIZAN LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las organizaciones empresariales no se sentirán interpeladas a cambiar su modelo de gestión si la legislación no promueve dicho cambio. Hace falta, por tanto, que la política de los Estados se oriente a crear los mecanismos necesarios para que la RSC se convierta en una verdadera herramienta de gestión empresarial.

Hasta ahora, la RSC se ha entendido como una herramienta de gestión cuya integración en la empresa tiene carácter “voluntario”. Así, una de las definiciones más extendidas de la RSC es la que utiliza la Comisión Europea en su Libro Verde para la promoción de la Responsabilidad Social Corporativa³⁵. Según la Comisión Europea, la RSC es “*un concepto por el cual las empresas integran voluntariamente las cuestiones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y en su interacción con las partes interesadas*”. Por su parte, el Banco Mundial define la Responsabilidad Social Corporativa como “*el compromiso de la empresa por contribuir a un desarrollo económico sostenible a través de la colaboración con los empleados, sus familias, las*

³⁵ COM/2001/0366 final.

*comunidades locales y la sociedad en general a fin de mejorar sus vidas a través de formas positivas para el negocio y el desarrollo*³⁶.

Así, aunque existe un importante consenso en que el modelo económico actual no es sostenible y debiera cambiar, son muchos los escépticos que señalan que es imposible dotar de efectividad real a los objetivos de la RSC y que, como mucho, éstos sólo podrán constituir una “voluntad” o un “compromiso” de las empresas, porque valores como el bienestar social o la sostenibilidad tienen un carácter excesivamente “etéreo”, y por tanto sus beneficios no se pueden cuantificar, ni se puede legislar sobre ellos, ni su aplicación se puede medir o controlar.

Sin embargo, la supuesta dificultad para cuantificar los beneficios de estos valores y su carácter indefinido no parece que sea excusa suficiente para negar la posibilidad de normativizarlos e incorporarlos de forma eficaz a la gestión empresarial:

En primer lugar, los beneficios económicos para las empresas derivados de la incorporación de los principios de la RSC sí pueden cuantificarse. Así, por ejemplo, una buena gestión de los recursos humanos de la empresa provoca lealtad y motivación en la plantilla y retiene y atrae nuevos talentos. El cumplimiento de los principios de la RSC mejora la reputación de la empresa en el mercado, con el consiguiente incremento de la fidelidad de los consumidores. Puede suponer una reducción de costes cuando, por ejemplo, se adoptan medidas de eficiencia energética. También puede servir para estrechar la relación de confianza de la empresa con sus proveedores –especialmente cuando estos son pequeñas y medianas empresas–, que percibirán un mayor compromiso por parte de la empresa con su situación. El cumplimiento de los principios de la RSC puede servir también para abrir a la empresa a nuevos mercados y nuevos productos ligados al concepto de sostenibilidad. Finalmente, la RSC puede servir para establecer una relación más sólida con terceros agentes, como las administraciones públicas o las ONGs, que puede reportar beneficios estratégicos a la empresa³⁷.

³⁶ www.bancomundial.org.

³⁷ La inexistencia de mecanismos de comunicación entre las empresas y las ONGs o las administraciones públicas impide a las empresas identificar con suficiente anticipación las demandas de estos colectivos y neutralizar los riesgos que supone no atender dichas demandas, especialmente cuando estos colectivos se conectan entre sí (por ejemplo, una comunidad afectada por la actividad de la empresa, una ONG y un medio de comunicación) y son capaces de dar publicidad a sus reclamaciones, produciendo un considerable daño para la imagen y el prestigio de la empresa.

En segundo lugar, no es cierto que no se pueda legislar ni se pueda controlar la aplicación de un principio general de carácter más amplio como el principio de la Acción Responsable de las empresas en el mercado. El mismo nivel de indefinición que tiene este concepto se le puede achacar a otros principios generales igualmente abstractos, como la seguridad pública, la salud pública o el principio de no discriminación. Sin embargo, estos principios, enunciados en los textos legales de los ordenamientos jurídicos de todos los países con Estados de Derecho, a pesar de su carácter abstracto, han sido desarrollados con éxito por la práctica decisional y jurisprudencial de las autoridades y tribunales encargados de su aplicación, que han ido interpretando y valorando cómo han de ser aplicados a cada caso concreto. La construcción del sistema jurídico europeo constituye un buen ejemplo de cómo se puede garantizar que principios generales del ordenamiento jurídico se apliquen de forma efectiva a cualquier situación en la que éstos resulten relevantes. Así, a modo de ejemplo, el listado de sentencias, decisiones y comunicaciones de las autoridades comunitarias y nacionales sobre cómo ha de interpretarse y cómo ha de aplicarse el principio general comunitario de no discriminación a situaciones concretas es inabarcable. Pues bien, si en el ámbito comunitario es posible garantizar la aplicación del principio de no discriminación en todas sus posibles derivadas, ¿por qué no va a ser posible garantizar la aplicación del que podría ser un nuevo principio general de derecho, esto es, el principio de la Acción Responsable de las empresas en el mercado?

Además, existen ya varios métodos e instrumentos de medición del grado de cumplimiento de los principios de la RSC por parte de las empresas, a los que me referiré más adelante, que –aunque por el momento sólo tenga un carácter voluntario– reflejan ya un considerable nivel de desarrollo y de estandarización en la forma en que se deben interpretar y concretar estos principios. Con el tiempo, el acervo de conocimiento sobre la aplicación práctica del principio general de la Acción Responsable de las empresas en el mercado se iría enriqueciendo, a medida que las decisiones de las autoridades competentes para aplicar este principio se fuesen multiplicando, de forma tal que las empresas irían teniendo cada vez más referencias y elementos de juicio para saber cómo deben aplicar este principio a su negocio.

En definitiva, la RSC se puede convertir en una herramienta de gestión empresarial de obligado cumplimiento y no sólo voluntaria. Para ello, es imprescindible que se cree:

- un marco normativo que reconozca, promueva y proteja el principio de la Acción Responsable de la empresa en el mercado; y
- un organismo supervisor y unos tribunales competentes con recursos suficientes para aplicar y hacer cumplir de forma eficaz dicho principio.

La realidad demuestra que los seres humanos (y las empresas no son más que un conjunto de seres humanos) normalmente necesitamos en primera instancia sentir la amenaza de la multa, de la sanción o de la penalización para tomarnos en serio una obligación. Así, en el ámbito del Derecho de la Competencia, las estadísticas muestran que las empresas suelen poner en práctica políticas efectivas de cumplimiento con el Derecho de la Competencia como reacción a una sanción previa. Una vez implantada la nueva política, ésta se va consolidando poco a poco hasta llegar a formar parte de la cultura empresarial de la empresa, de manera que ésta termina respetando las normas del Derecho de la Competencia por convencimiento propio, y no por miedo a la sanción. En el ámbito de la RSC, el legislador podría habilitar los instrumentos disuasorios necesarios para que se produzca en las empresas el mismo proceso –desde el miedo a la sanción hasta el convencimiento propio–.

3.1. El Derecho de la Competencia como modelo en el ámbito político/legislativo

Los instrumentos habilitados por el legislador en el ámbito del Derecho de la Competencia que podrían servir de ejemplo y extenderse al área de la RSC son los siguientes:

Sanciones por incumplimiento

El elemento disuasorio por excelencia en el Derecho de la Competencia es el de la multa o la sanción. Así, a modo de ejemplo, la Comisión Europea puede imponer sanciones a las empresas infractoras que pueden ascender hasta el 10% del volumen de

facturación del grupo al que dicha empresa pertenece³⁸. Las multas que se han impuesto en los últimos años han ido en aumento, con el objetivo declarado de que tengan un verdadero efecto disuasorio³⁹.

Para que el principio de la Acción Responsable sea efectivo, podría establecerse un mecanismo de sanciones equivalente al que existe en el ámbito del Derecho de la Competencia para aquellas empresas que desarrollasen un comportamiento que infringiese dicho principio, de forma que el nivel de dichas sanciones tuviese un carácter suficientemente disuasorio.

Daño versus beneficio reputacional

El segundo elemento disuasorio que se utiliza tradicionalmente en el ámbito del Derecho de la Competencia es el del “daño reputacional”. En España, por ejemplo, se suele imponer a las empresas infractoras la obligación de publicar la resolución que las sanciona en varios periódicos de tirada nacional. Además, la autoridad también publica notas de prensa, que suele enviar a los medios de comunicación, en las que informa sobre sus decisiones sancionatorias recientes. Los medios de comunicación suelen hacerse eco de dichas notas de prensa, con la siguiente publicidad negativa y daño reputacional para las empresas infractoras.

El mismo tipo de política de comunicación podría resultar efectiva como elemento disuasorio en el caso de empresas que fuesen sancionadas por haber incumplido el principio de la Acción Responsable.

En la otra cara de la moneda se sitúan las medidas incentivadoras, que son igualmente importantes y efectivas. Así, del mismo modo que la publicación de decisiones en las que se declara que una empresa ha infringido alguna de sus obligaciones

³⁸ Véase la Comunicación de la Comisión sobre el cálculo del importe de las sanciones. Diario Oficial C 210, 1.09.2006, p. 2-5.

³⁹ Así, en la Comunicación de la Comisión sobre el cálculo del importe de la sanción, se señala expresamente que “*procede fijar las multas en un nivel suficientemente disuasorio, no sólo para sancionar a las empresas en cuestión (efecto disuasorio específico), sino también para disuadir a otras empresas de adoptar o mantener conductas contrarias a los artículos 81 y 82 del Tratado (efecto disuasorio general)*”.

derivadas del principio de la Acción Responsable serviría para desincentivar este tipo de infracciones, también se podrían arbitrar mecanismos que sirviesen para mejorar activamente la imagen de las empresas que cumplen con este principio. En efecto, el elogio público a las empresas con buen comportamiento en materia de RSC podría procurar importantes beneficios reputacionales a las empresas. Al mismo tiempo, dicha publicidad institucional podría servir para que los consumidores se vean estimulados a comprar los productos y los servicios de las empresas que aparecen en el ranking de empresas responsables. El objetivo sería apoyar institucionalmente a las empresas que contribuyen activamente a la sostenibilidad social y medioambiental para que el consumidor pueda guiarse por estos criterios a la hora de hacer su elección de compra. Con este tipo de medidas, las empresas responsables se verían premiadas con publicidad institucional y la posibilidad de un incremento en sus ventas, y los consumidores podrían incorporar sus propios principios e ideales a su decisión de compra. Desde el punto de vista de la libre competencia en el mercado, este tipo de medidas tendría un claro efecto positivo, en la medida en que por un lado incentivarían la innovación y el desarrollo de productos y servicios sostenibles, y por otro lado permitirían al consumidor elegir los productos y servicios que compra sobre la base de una mayor información.

Como se ha anticipado anteriormente, existen ya diversos instrumentos consolidados de medición del grado de cumplimiento de las empresas con los principios de la RSC, que podrían servir de guía para que la Administración Pública organizase un sistema de publicidad institucional de las empresas que cumplan con dichos principios. Entre los más conocidos se encuentra la norma SA8000 de la Social Accountability International, que se centra en la mejora de las condiciones laborales y en la lucha contra el incumplimiento de los derechos laborales. Las empresas pueden exigir a sus plantas de producción y proveedores que cumplan estos estándares y hacer controles mediante auditorías independientes. Otro instrumento que cabe resaltar son las directrices de la Global Reporting Initiative (Iniciativa Mundial para la Elaboración de Informes), una norma que permite facilitar información sobre el comportamiento de la empresa en relación con la triple cuenta de resultados –integración de los resultados económicos, sociales y medioambientales–, que se ha convertido en la guía más utilizada para la elaboración de informes sobre sostenibilidad en Europa. En lo que respecta al impacto medioambiental, la International Organisation for Standardization (ISO, Organización Internacional para la Estandarización) ha desarrollado la norma ISO 1400 y la norma

ISO26000 de responsabilidad social. Por su parte, el Instituto Internacional AccountAbility ha creado la Assurance Standard AA1000 (norma de aseguramiento AA1000) que tiene por objeto comprobar la credibilidad y la calidad de los datos que las empresas proporcionan a las distintas partes interesadas en relación con su actividad social y medioambiental.

Sería aconsejable que la visibilidad de todos estos instrumentos de medición del grado de cumplimiento de las empresas con el principio de la Acción Responsable se potenciase al máximo desde la Administración Pública.

Finalmente, la política fiscal de los Estados podría también utilizarse para incentivar, mediante desgravaciones o deducciones fiscales, el cumplimiento de este principio.

Inhabilitación de directivos

Un tercer elemento disuasorio que se utiliza habitualmente en el ámbito del Derecho de la Competencia es el de la inhabilitación de los directivos que han participado en una práctica anticompetitiva ilegal. En el Reino Unido, los directivos que han participado activamente en una práctica anticompetitiva, o que por negligencia la han consentido, pueden ser castigados con penas de inhabilitación para ejercer su cargo en la empresa infractora o en cualquier otra empresa durante un periodo de tiempo fijado por la propia normativa⁴⁰. En España, los directivos que han participado activamente en una infracción de la normativa de la competencia también pueden ser sancionados individualmente con multas que pueden ascender hasta los 60.000 euros.

La inhabilitación de los ejecutivos responsables de comportamientos contrarios al principio de la Acción Responsable especialmente graves podría constituir un elemento disuasorio relevante para garantizar la efectividad de estos principios.

⁴⁰ Guidance on Competition Disqualification Orders de la Office of Fair Trade.

Reclamación por daños y perjuicios

Un cuarto elemento disuasorio es dar la posibilidad a los terceros afectados por la infracción de reclamar los daños y perjuicios sufridos. Así, en el ámbito del Derecho de la Competencia, las autoridades vienen trabajando desde hace tiempo en varias iniciativas para promover que los consumidores afectados por un comportamiento anticompetitivo de las empresas puedan reclamar una indemnización⁴¹. Tal sería el caso, por ejemplo, de los consumidores que han tenido que pagar un sobreprecio por un producto determinado como consecuencia de un cartel entre varias empresas para subir los precios de dicho producto.

Ese tipo de iniciativas también podrían explorarse para permitir que los afectados por una práctica contraria al principio de la Acción Responsable especialmente grave pudieran reclamar los daños y perjuicios sufridos.

Sanciones penales

Finalmente, en algunas jurisdicciones como la británica o la de Estados Unidos, el Derecho de la Competencia se ha llegado incluso a criminalizar, lo que demuestra que en dichas sociedades, el daño social que producen las infracciones a la libre competencia se considera lo suficientemente relevante y alarmante como para que sus responsables merezcan penas de cárcel.

En el área de la RSC, podrían identificarse un número determinado de infracciones que por su gravedad y por los daños que producen merecerían penas de prisión para sus responsables. Así sucede ya en el caso de determinados delitos medioambientales⁴².

En definitiva, para que el principio de la Acción Responsable de la empresa en el mercado se integre de forma efectiva en la cultura empresarial, del mismo modo que

⁴¹ Véase el White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules, publicado por la Comisión Europea el 8 de abril de 2008.

⁴² Véase la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

viene sucediendo en el ámbito del Derecho de la Competencia, sería aconsejable que el legislador adoptase las medidas necesarias para poner en práctica una política efectiva de incentivos al cumplimiento y de medidas disuasorias del incumplimiento.

3.2. El Derecho de la Competencia como modelo en el ámbito empresarial

Como se ha señalado anteriormente, son muchas las empresas que tienen desarrollada una política interna de cumplimiento con el Derecho de la Competencia, cuyo objetivo es prevenir cualquier infracción de esta normativa. Las propias autoridades encargadas de su aplicación han publicado orientaciones dirigidas a las empresas sobre cómo deben poner en práctica una política de cumplimiento con el Derecho de la Competencia que sea eficaz⁴³. De dicha experiencia podrían extraerse una serie de propuestas que podrían valer también para el ámbito de la RSC, y que son las siguientes:

Liderazgo en el compromiso

Nada cambia en la empresa si los empleados no perciben que hay un compromiso claro e inequívoco de los directivos de la empresa por cambiar. El abogado interno de una empresa que se encarga de asegurar que su empresa cumple con el Derecho de la Competencia tendría poco que hacer si los máximos directivos de la empresa no dejasen claro a todos los empleados que cumplir con dichas normas es esencial y que, antes de poner en práctica cualquier estrategia comercial, deben consultar al abogado interno y seguir sus recomendaciones.

Por tanto, para que el principio de la Acción Responsable se perciba como un compromiso serio de la empresa, deben ser los máximos directivos de la empresa los que lideren la política de cumplimiento con este principio y en sus mensajes a la plantilla de la empresa no debe existir ningún tipo de ambigüedad sobre la importancia de cumplir dicho principio.

⁴³ Véase el documento publicado por la Office of Fair Trade, titulado “*How your business can achieve compliance*”, de Octubre de 2010.

Así, la RSC debe formar parte del código genético de la empresa, modulando la adopción de todas sus decisiones estratégicas. Y para ello es necesario que los directivos tengan la capacidad de discernir y encontrar el equilibrio entre los diferentes intereses en juego, ya que deberán incorporar al objetivo del beneficio otros valores que en ocasiones podrían entrar en conflicto con el beneficio.

Además, es importante que se designe a una persona perteneciente a los niveles de dirección máximos de la empresa como responsable de liderar y gestionar la aplicación en la empresa de la política de cumplimiento con el principio de la Acción Responsable y de reportar sobre los avances obtenidos. Obviamente, el perfil de este directivo debe responder a una serie de cualidades imprescindibles, como la empatía, la comunicación, la coherencia y la autoridad, y debe ser un generador de confianza. Todas estas cualidades serán esenciales para que la política de cumplimiento con el principio de la Acción Responsable funcione. Además, debe tener un conocimiento detallado y transversal del negocio de la empresa, que le permita tener identificadas las áreas de riesgo –a las que nos referiremos a continuación– en las que el cumplimiento de este principio debe modularse especialmente. Finalmente, también debiera tener formación jurídica, ya que algunas de las obligaciones derivadas del principio de la Acción Responsable ya tienen carácter legal y es previsible y deseable, tal y como se ha expuesto en este artículo, que se consolide definitivamente esta tendencia hacia la obligatoriedad normativa.

Identificación de las áreas y los grupos de riesgo

El punto de partida para la puesta en práctica de cualquier política de cumplimiento con el Derecho de la Competencia es siempre la identificación de los riesgos. No afronta los mismos riesgos de incumplimiento una empresa que tiene una posición de dominio en el mercado que una empresa pequeña, ni una empresa que opera en un mercado regulado que una empresa que opera en un mercado libre, o una empresa que opera en un mercado maduro que una empresa que opera en un mercado de tecnologías emergentes. La misma reflexión sobre identificación de riesgos podría hacerse en el ámbito de la RSC. No afronta los mismos desafíos de sostenibilidad una multinacional que tiene deslocalizada su producción en países subdesarrollados o en

países con sistemas políticos no democráticos que una pequeña empresa de ámbito local, o una empresa que compra productos agrícolas que una empresa tecnológica o una empresa que fabrica productos químicos. El impacto social y medioambiental de las empresas depende lógicamente de su tamaño, de su área geográfica de acción y del tipo de producto que fabrica o el servicio que presta. Por tanto, para poner en práctica una política eficaz de cumplimiento con el principio de la Acción Responsable deben primero identificarse cuáles son las áreas de riesgo de la empresa.

Por otro lado, en el área de cumplimiento con el Derecho de la Competencia se suele identificar al grupo de empleados que están en situación de mayor riesgo de incumplimiento (por ejemplo, porque están expuestos a contactos con competidores, o porque están en el consejo de dirección de la compañía o son los que toman las decisiones en materia de precios), para poder centrar los recursos de formación en este colectivo. Se podría hacer un ejercicio similar para garantizar el cumplimiento del principio de la Acción Responsable. Como en cualquier grupo humano, en la empresa coexisten personas distintas con diversas preferencias, valores e ideologías. Así, tras un análisis empírico de las diferentes sensibilidades que existen en la plantilla de una empresa, se podría dividir a los empleados en dos grupos: el grupo de los empleados que considera que no es posible compatibilizar los objetivos de la RSC con el objetivo de la búsqueda de beneficios de la empresa, y el grupo de empleados que considera que sí es posible. El primer grupo se podría denominar “grupo de riesgo”, sobre el que será necesario centrar los esfuerzos de formación en RSC.

Política de formación

Debiera existir una política seria y con recursos suficientes para la formación de los empleados, especialmente dirigida a aquéllos que están situados en el grupo de riesgo. La formación no puede ser sólo dar una charla de vez en cuando sobre los valores de la empresa y lo importantes que son. Tiene que ser una formación práctica, en la que los empleados se vean confrontados a casos reales y deban decidir cómo actuar. Del mismo modo que los cursos de formación sobre cumplimiento con el Derecho de la Competencia deben adaptarse al negocio y a los mercados en los que opera la empresa en cuestión, lo

mismo debiera de hacerse con los cursos de formación en RSC. Por ejemplo, si se trata de una empresa que tiene deslocalizada su producción en países subdesarrollados, los cursos de formación debieran confrontar a los empleados con cuestiones tales como qué medidas se deben tomar para garantizar que la empresa paga un salario justo a sus empleados en esos países, o qué tipo de medidas se deben adoptar para evitar daños medioambientales aunque estos no estén prohibidos por las normas locales. Si se trata de una empresa activa en el sector de los medios de comunicación, los cursos de formación deberán prestar especial atención a cuestiones tales como qué medios son legítimos y cuáles no lo son para obtener información, o qué tipo de noticias deben publicarse o de qué modo garantiza la empresa la independencia del periodista.

Del mismo modo que sucede en el ámbito de la política de cumplimiento con el Derecho de la Competencia, la empresa podrá decidir si su política de formación se ha de basar únicamente en sesiones periódicas de formación cara a cara, o si deben incluir también cursos de formación on-line con preguntas que examinen el grado de conocimiento por parte de los empleados de sus obligaciones en materia de RSC. La intensidad y la periodicidad de la formación podrá modularse en función de los grupos y las áreas de riesgo identificados previamente.

Sistema de reporte de ideas y de quejas

Es importante que la empresa tenga en cuenta las opiniones de todos aquellos individuos o grupos de individuos que tienen algún tipo de interés en el comportamiento de dicha empresa, independientemente de su capacidad de influencia en la misma. Por ello, a efectos de que el principio de la Acción Responsable se cumpla de la forma más efectiva posible, es importante establecer un sistema eficaz y operativo de reporte de iniciativas, y un sistema de reporte de quejas, que esté a disposición de todos los grupos de interés potencialmente afectados por el comportamiento de la empresa⁴⁴.

El sistema de reporte de iniciativas es muy importante porque favorece el sentimiento de pertenencia de los empleados y de los demás grupos de interés, que sienten

⁴⁴ Véase la referencia que se ha hecho anteriormente a la “*multi-stakeholder theory*”.

que pueden aportar con sus ideas valores positivos a la empresa. Debiera necesariamente incluir a todos los grupos de interés, como los proveedores, los clientes de la empresa, o los ciudadanos de la comunidad en la que la empresa opera, especialmente si éstos constituyen grupos débiles en lo que respecta a su capacidad de influencia en el proceso de toma de decisiones de la empresa. Aunque es previsible que estos grupos tengan a menudo intereses contrapuestos a los de los accionistas de la empresa, es precisamente por esta razón por la que su visión es especialmente valiosa desde el punto de vista del cumplimiento del principio de la Acción Responsable, y por lo que sus opiniones deben ser especialmente valoradas y ponderadas por la empresa a efectos de tomar decisiones equilibradas y no basadas únicamente en el interés del grupo dominante.

Es importante que las iniciativas que se reporten se valoren, y se tome una decisión fundamentada y razonada sobre cada una de ellas, a efectos de que si la decisión no fuese respetuosa con el principio de la Acción Responsable, los grupos de interés afectados puedan eventualmente reclamar su revisión frente a la autoridad competente para ello.

El sistema de reporte de quejas es esencial. Para evitar que desde la óptica de una mentalidad latina que penaliza al "chivato", algunos puedan percibir el sistema con cierto recelo, éste debiera plantearse no como un instrumento para acusar, sino para identificar las cosas que se están haciendo mal, garantizándole al que reporta la queja -ya sea éste empleado, proveedor, cliente o ciudadano de una comunidad afectada por la actividad de la empresa-, el tratamiento confidencial de la información que facilita, y que no habrá ningún tipo de represalias contra él. Los sistemas de reporte de quejas (*whistleblower system*) se utilizan habitualmente en el contexto de la política de cumplimiento con el Derecho de la Competencia de las grandes empresas. Para garantizar su efectividad el reporte no se suele hacer siguiendo la estructura jerárquica habitual, sino que se realiza a un tercero independiente, que a su vez reportará directamente al responsable máximo de la política de cumplimiento con el Derecho de la Competencia de la empresa. Un sistema equivalente podría arbitrarse en el ámbito de la RSC.

Sistema de incentivos y desincentivos

Para que la política de cumplimiento con el principio de la Acción Responsable de la empresa en el mercado sea lo más efectiva posible, podría ir acompañada de un sistema de incentivos y desincentivos dentro de la empresa, vinculados al cumplimiento o no de dicho principio.

Así, por ejemplo, se podrían vincular los bonus de los empleados a otras variables distintas a las del beneficio empresarial, como por ejemplo, a la obtención por parte de la empresa de algún premio, certificado o sello de calidad por el cumplimiento de objetivos medioambientales o de responsabilidad corporativa, o a la aportación de ideas o proyectos que mejoren el grado de cumplimiento de dicho principio.

En sentido inverso, se podría retirar el bonus e imponer sanciones disciplinarias a aquellos empleados que realizaran acciones en el mercado contrarias al principio de la Acción Responsable.

Sistema de evaluación y auditoría

Del mismo modo que sucede en el ámbito de las políticas de cumplimiento con el Derecho de la Competencia, para que la política de cumplimiento con el principio de Acción Responsable sea efectiva es necesario que se establezcan mecanismos de evaluación permanente y de auditoría.

La evaluación permanente exige que el responsable máximo de la política de cumplimiento con el principio de la Acción Responsable esté permanentemente informado de las discusiones internas previas a la adopción de cualquier decisión estratégica de la empresa. Además, debe ser consultado y debe revisar cualquier decisión que afecte a las áreas o personas de riesgo previamente identificadas, para asegurarse de que se tomarán en consideración los principios de la RSC como criterios que han de influir en la decisión que se adopte.

Para garantizar este objetivo, es aconsejable que el responsable máximo de la política de cumplimiento con el principio de la Acción Responsable sea miembro del Consejo de Dirección de la compañía.

Es importante también desarrollar procesos de auditoría periódicos, en los que se revise el funcionamiento de la política de cumplimiento con el principio de la Acción Responsable de la empresa en el mercado: si se han identificado adecuadamente las áreas de riesgo y los grupos de riesgo, y si las políticas de formación, reporte y evaluación permanente que se han puesto en práctica están dando resultados efectivos.

4. CONCLUSIÓN.- DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA AL DERECHO DE LA ACCIÓN RESPONSABLE DE LAS EMPRESAS EN EL MERCADO

Práctica empresarial versus ética, beneficios empresariales versus bien común, fomento de la lucha competitiva en el mercado versus sostenibilidad... ¿Estamos ante conceptos que caminan en direcciones opuestas o, por el contrario, son conceptos que deben y pueden caminar juntos?

Nadie cuestiona que idealmente estos conceptos debieran integrarse. Las dudas surgen cuando se discute si la integración es realmente posible y, en su caso, cómo hacerlo. Con este artículo se ha pretendido contribuir al debate defendiendo que la integración sí es posible, y que es posible manteniendo en lo esencial la continuidad del modelo actual.

No hace falta destruir el sistema, no es necesaria ninguna revolución. Las reglas de mercado, el fomento de la competencia y la búsqueda del beneficio empresarial debieran seguir siendo el motor del progreso económico y seguir considerándose una forma eficaz de promover la innovación y la producción eficiente. Ahora bien, el modelo sí debiera incorporar una serie de elementos transformadores que garanticen su sostenibilidad a largo plazo.

La metodología que se propone en este artículo para garantizar la sostenibilidad del modelo es relativamente sencilla. Se propone, por un lado, extender la aplicación de los principios de la RSC al ámbito del Derecho de la Competencia y, por otro, extender los mecanismos que garantizan la aplicación efectiva del Derecho de la Competencia al ámbito de la RSC.

La integración del Derecho de la Competencia y de los principios de la RSC en un único cuerpo normativo reportaría tres grandes beneficios:

- En primer lugar, permitiría a las autoridades encargadas de aplicar este nuevo cuerpo normativo tener una visión más amplia del bien común (no sólo limitada a la preservación de la competitividad de los mercados), lo que garantizaría que el consumidor no sólo tenga acceso a un gran abanico de productos de calidad a los precios más bajos posible, sino también que ese mismo consumidor, en su vertiente más amplia de ciudadano, tenga derecho a que la lucha competitiva entre las empresas no se haga a costa de poner en peligro la sostenibilidad social y medioambiental del entorno en el que vive.
- En segundo lugar, permitiría otorgar un carácter normativo obligatorio a los principios de la RSC, dotándolos de la misma eficacia en su aplicación práctica que tienen las normas del Derecho de la Competencia.
- En tercer lugar, permitiría a las empresas poner en práctica políticas eficaces de cumplimiento con los principios de la RSC, equivalentes a las que se han venido adoptando en materia de cumplimiento con la normativa de defensa de la competencia.

En definitiva, aplicando la teoría de los vasos comunicantes al ámbito del Derecho, se trataría de “mezclar” el Derecho de la Competencia y la Responsabilidad Social Corporativa en un único cuerpo normativo –el Derecho de la Acción Responsable de la empresa en el mercado–, de forma que los objetivos que ambos conceptos persiguen no se valoren y preserven de forma aislada, sino que por el contrario se mezclen y alimenten recíprocamente para dar lugar a un nuevo modelo económico que, junto con el fomento de la competitividad de las empresas en el mercado, preserve también de forma efectiva los derechos sociales y medioambientales de los ciudadanos.