

GOBERNANZA CORPORATIVA ... ¿PARA TODAS?

Gabriela Albrecht

SUMARIO:

Las buenas prácticas de gobierno societario van dirigidas a las sociedades con oferta pública de sus valores negociables y entidades financieras; sin embargo, algunos principios, prácticas recomendadas y orientaciones podrían replicarse en todas las compañías.

Utilizando como guía la Ley 31/2014 española, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo y el Anexo III de la Resolución General 778/18 de la Comisión Nacional de Valores (CNV) se sugieren modificaciones a la Ley General de Sociedades (L.G.S.) en las relaciones entre los administradores, accionistas, partes interesadas¹ y la sociedad.



Introducción

Las sociedades autorizadas a la oferta pública de sus valores negociables² y las entidades financieras³ son quienes deben cumplimentar la presentación de un informe sobre el grado de cumplimiento del Código de Gobierno Societario, los principios y recomendaciones no son vinculantes pero

¹ La Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo (OCDE) considera que “El gobierno corporativo de una sociedad implica el establecimiento de un conjunto de relaciones entre la dirección de la empresa, su consejo de administración, sus accionistas y otros actores interesados, Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 © OCDE 2016.

² Comisión Nacional de Valores. Resolución general 606/2012.

³ Banco Central de la República Argentina. Lineamientos para el Gobierno Societario en Entidades Financieras. Texto Ordenado 25/01/2019.

su cumplimiento favorece la credibilidad y confianza de los inversores y la estabilidad y crecimiento de las corporaciones.

A fines del 2018 la Comisión Nacional de Valores (CNV) lanzó una consulta respecto modificaciones al Código de Gobierno Societario de las sociedades mediante la Resolución General No.778⁴, en la cual propone un cambio en las disposiciones del Código de Gobierno Corporativo estructurándolo en 3 niveles: a “**los principios** como preceptos generales que subyacen en todo buen gobierno societario, y que guían e inspiran a las **prácticas recomendadas**; y deberá tomar a las prácticas como recomendaciones concretas que se consideran como “**mejores prácticas**” y por último **las orientaciones** como un marco justificatorio y explicativo de la lógica de las prácticas recomendadas.”

Si bien el Código va dirigido a las entidades mencionadas al inicio del presente, se intenta *buscar conciencia sobre el buen gobierno societario para todas las compañías*. Por ello, en estas breves líneas se propone algunos cambios en la Ley General de Sociedades (L.G.S.) en concordancia con el espíritu de estas normas.

Rol del órgano de gobierno

Los arts. 234 y 235 de la L.G.S. definen la competencia de las Asambleas, si bien en la Asamblea Extraordinaria se podría tratar todo tema relevante para la sociedad, además de los indicados en los arts. de la L.G.S., valdría la pena incorporar algunos tópicos que hacen a la transparencia y acotan en alguna medida el accionar discrecional de los administradores.

En la Ley 31/2014 de España por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo incluye:

“Artículo 160. Competencia de la junta.

f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado”.

“Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión.

Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración

⁴ A fin de modificar el régimen legal vigente sobre el Código de Gobierno Societario (“CGS”) se emitió dicha Resolución para abrir un procedimiento de elaboración participativa de normas.

o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234”.

“Artículo 190. Conflicto de intereses.

1. El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto:

a) autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria,

b) excluirle de la sociedad,

c) liberarle de una obligación o concederle un derecho,

d) facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor o

e) dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230.

En las sociedades anónimas, la prohibición de ejercitar el derecho de voto en los supuestos contemplados en las letras a) y b) anteriores solo será de aplicación cuando dicha prohibición esté expresamente prevista en las correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la restricción a la libre transmisión o la exclusión.

2. Las acciones o participaciones del socio que se encuentre en algunas de las situaciones de conflicto de interés contempladas en el apartado anterior se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de los votos que en cada caso sea necesaria.

3. En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incurso en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés. De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad. En estos casos, corresponderá a los que impugnen la acreditación del perjuicio al interés social”.

Este último párrafo se refiere a la lesión del interés social, que en nuestra ley subyace en su espíritu y en algunos artículos⁵, en España es incorporado expresamente en la normativa como causal para impugnar la Asamblea indicando también los motivos no impugnables. También, se menciona en el deber de lealtad de los administradores el “*mejor interés de la sociedad*” (art.227 Ley 31/2014).

“Artículo 204. Acuerdos impugnables.

1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

2. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor.

3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos:

a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.

b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial

⁵ Art. 197 “...cuando el interés de la sociedad lo exija...”, art 248 “Accionista con interés contrario al social”, art. 272 “Cuando el director tuviere un interés contrario al de la sociedad...”

para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación.

c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.

d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible...”.

Deber de lealtad y diligencia de los administradores

El art. 59 es el único artículo de la L.G.S. que en 2 líneas se refiere a las “condiciones de un buen administrador” utilizando para caracterizarla dos conceptos genéricos y poco precisos como lo son el “*obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios*”.

Si aprovechamos todo el estudio de los últimos 20 años en la política de gobierno corporativo se podría mejorar la redacción brindando referencias más precisas en relación a lo que se espera del órgano de administración como de la alta gerencia, en los tipos que corresponda ⁶.

No se puede decir que exista un modelo único para dirigir una empresa en forma eficiente y eficaz pero hay cuestiones indiscutibles que llevan a las crisis societarias como lo son la falta de transparencia, la incapacidad para determinar la cadena de responsabilidades dentro de la organización, la asunción imprudente de riesgos, sistemas de retribución inapropiados, controles internos deficientes o inexistentes, etc.

La ley 31/2014 introduce criterios en relación con la buena gobernanza corporativa que explicitan mejor los estándares requeridos para el “*obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios*”. Si bien en las SA los arts. 271 a 274 se mencionan algunos parámetros, sería más apropiado su reorganización como lo indica esta norma ubicándolos en la parte general de la L.G.S.

“Artículo 225. Deber general de diligencia.

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

⁶ Especialmente en sociedades de responsabilidad limitada del art. 299 inc. 2 y sociedades por acciones.

2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”.

“Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial.

1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230”.

“Artículo 227. Deber de lealtad.

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”.

“Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad”.

“Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de:

a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

2. Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

3. En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad.

Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259”.

“Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa.

1. El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares

autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero.

La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.

En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

3. La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante”.

Plan de involucramiento de las Partes interesadas

Los grupos de interés o partes interesadas (clientes, proveedores, empleados, inversores, acreedores, Estado) dentro de la empresa juegan un rol fundamental y muchas veces su continuidad depende de ellas. La L.G.S. no las reconoce y menos aún define como interactuar con ellas, sin embargo la nueva visión empresarial exige un canal de comunicación con ellas tanto para poner a su disposición información como para la recepción de consultas e inquietudes.

Asimismo, es importante en la evaluación de riesgos, identificarlas, clasificarlas según nivel de influencia, impacto, tamaño, etc. para luego establecer los planes de contingencias en caso de crisis.

Derecho de información pilar de la transparencia

La L.G.S. establece un mecanismo para informar a los socios respecto la situación patrimonial, financiera y económica, el art 62 establece la obligación para “*Las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el artículo 299, inciso 2) y las sociedades por acciones deberán presentar los estados contables anuales regulados por los artículos 63 a 65 y cumplir el artículo 66.*” cuyas copias, con una anticipación no menor a 15 días de anticipación a su consideración, deben quedar disponibles en la sede social junto con la Memoria, el informe del síndico y de auditor externo⁷.

Nada dice el art. respecto la forma de canalizar las preguntas e información adicional que los socios tienen derecho, el art. 197 de la ley española establece un procedimiento que considero podría aplicarse en nuestro país.

“*Artículo 197. Derecho de información en la sociedad anónima.*”

1. Hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, los accionistas podrán solicitar de los administradores las informaciones o aclaraciones que estimen precisas acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, o formular por escrito las preguntas que consideren pertinentes.

Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general.

2. Durante la celebración de la junta general, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Si el derecho del accionista no se pudiera satisfacer en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar la información solicitada por escrito, dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta.

3. Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas.

4. La información solicitada no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social. Los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social.

⁷ No lo dispone el artículo 67 LGS sino la Resolución General de AFIP No 3077/11

5. La vulneración del derecho de información previsto en el apartado 2 solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la junta general.

6. En el supuesto de utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, el socio será responsable de los daños y perjuicios causados”.

Otra cuestión de interés sería incluir en la Memoria (art. 66 L.G.S.) dos apartados, uno que identifique, evalúe y defina como la Administración intenta mitigar los riesgos empresariales ⁸ (crédito, liquidez, mercado, cambio, operativo, etc.) y por otro lado considere la importancia de un buen sistema de control interno que contribuye a la seguridad del sistema contable y evita pérdidas por fraudes y negligencia.

E) Ambiente de control 17. *El Directorio determina el apetito de riesgo de la compañía y además supervisa y garantiza la existencia de un sistema integral de gestión de riesgos que identifique, evalúe, decida el curso de acción y monitoree los riesgos a los que se enfrenta la compañía, incluyendo -entre otros- los riesgos medioambientales, sociales y aquellos inherentes al negocio en el corto y largo plazo.*

y el otro en el cual se manifieste si el ambiente de control establecido goza de “*las líneas de defensa necesarias para asegurar la integridad en las operaciones de la compañía y de sus reportes financieros*”⁹”

A) La función del directorio 3. *El Directorio supervisa a la gerencia y asegura que esta desarrolle, implemente y mantenga un sistema adecuado de control interno con líneas de reporte claras.*

Conclusión

Las buenas prácticas en el gobierno corporativo aportan seguridad económica y jurídica impulsando el crecimiento y generación de riqueza y valor en las sociedades que las adoptan.

Hoy las sociedades que ofrecen sus valores negociables en los mercados están obligadas a presentar un informe respecto al grado de cumplimiento de los principios y recomendaciones establecidas por la RG 606/2012 de la CNV, sin embargo algunas de estas directrices deberían incorporarse en la L.19550

⁸ Anexo III Resolución General N° 778 CNV.

⁹ Anexo III Resolución General N° 778 CNV.

especialmente para las sociedades por acciones y sociedades de responsabilidad limitada (SRL) en lo relativo al:

- deber de lealtad y diligencia de los administradores,
- injerencia de los socios o accionistas en los asuntos de gestión,
- reconocimiento de la importancia y vinculación de las partes interesadas o grupos de interés en la vida societaria,
- canales y flujo de la información para socios y grupos de interés,
- política de riesgos y control interno.

Bibliografía

Ley 31/2014, del 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. «BOE» núm. 293, de 4 de diciembre de 2014, páginas 99793 a 99826 (34 págs.). Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/12/03/31>

República Argentina, Ley 19.550 de 03 de abril de 1972, de Sociedades Comerciales. Boletín Oficial 25 de abril de 1972, número 22.409.

República Argentina, Resolución General 3077/2011 de 08 de abril de 2011, Impuesto a las Ganancias. Sociedades, Empresas Unipersonales, Fideicomisos y otros “; Administración Federal de Ingresos Públicos. Boletín Oficial 13 de abril de 2011, número 32.129.

República Argentina, Resolución 622 CNV de 5 de septiembre de 2013, Texto Ordenado. Boletín Oficial 9 de septiembre de 2013, número 32.718.

República Argentina, Resolución General 778/2018, de 26 de diciembre, Comisión Nacional de Valores. Elaboración Participativa de Normas. Aplicación. Boletín Oficial del 28 de diciembre de 2018 número 34.024. Disponible: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/318196/norma.htm>