

## **DE LAS REGLAS DE INTEGRACIÓN DEL DIRECTORIO A LA CUESTIÓN DEL COMITÉ DE AUDITORÍA VERSUS LOS ÓRGANOS DE FISCALIZACIÓN**

POR ALFREDO L. ROVIRA

### ***Ponencia***

Se postula la eliminación del Comité de Auditoría para las Sociedades de Oferta Pública y la jerarquización y adaptación de dichas funciones para los órganos de fiscalización interna de modo de compatibilizar las normas legales argentinas a las modernas orientaciones del buen gobierno corporativo. Modificar el artículo 15 del Decreto Delegado (Régimen de Transparencia de la Oferta Pública) 677/2001.

### ***Fundamentación***

Las diversas legislaciones societarias del siglo XX evolucionaron todas en favor de la profesionalización de los integrantes del directorio. Esa era la cuestión fundamental en debate y marcó el gran cambio de orientación entre las legislaciones decimonónicas y las habidas en el siglo XX.

Hoy, no hay dudas de la consagración del criterio de profesionalización; es más, podríamos decir que con las normas sobre buen gobierno corporativo, tal criterio se profundiza, al consagrarse en forma más o menos universal, con la exigencia de los denominados directores "independientes", esto es, despojados de vínculos concretos con aquellos accionistas que detentan el control y, en algunos casos (los integrantes del Comité de Auditoría), exigiéndose calificaciones específicas.

Así, de la disposición del Código de Comercio que exigía acreditar la calidad de accionista para ser director, se pasó

en nuestra legislación a la regla inversa y ello fue fruto de seguir las tendencias de las legislaciones comparadas modernas en las que se refuerza el protagonismo de los directores a quienes se los concebía más distantes de los accionistas relevantes.

La gran novedad que aparece entre las denominadas “buenas prácticas de gobierno corporativo” está en la imposición de integrar al directorio de las sociedades abiertas con “directores independientes”. Para su calificación se han seguido reglas inspiradas, en principio, por la *Securities and Exchange Commission* de los EEUU (“SEC”) que introdujo esta novedad con miras a preservar la objetividad de los directores en su relación con los gerentes así como reforzar el control que los accionistas realizan de la gestión de la administración social. Ello resultó una derivación natural del hecho usual, generalizado en los EEUU y en expansión en Europa, donde por los efectos de “la delegación de la función administradora” en la sociedad abierta (con acciones autorizadas a comercializarse por oferta pública) de hecho se produjo el fenómeno del desplazamiento “del poder” de los accionistas a los gerentes o funcionarios a cargo del quehacer cotidiano de la empresa. Tal fenómeno dio origen a variados comentarios, sobre todo en el derecho anglosajón al amparo de normas laxas en lo que se refiere a la adjudicación de esferas de competencia a favor del directorio.

Así aparece un “sub-órgano” dentro del Directorio, cual es el Comité de Auditoría, dado que los integrantes del Comité de Auditoría son a la vez miembros del directorio. Las normas de independencia prohíben a los miembros del Comité de Auditoría tener alguna relación substantiva contractual con la sociedad como consecuencia de la necesidad de asegurar en el directorio la presencia de personas que no tengan vínculo alguno con la sociedad. En línea con lo antedicho se explica la prohibición de pagos a una entidad de la cual el miembro del comité sea socio o funcionario, o que ocupe una posición similar, si el pago es por servicios contables, de consultoría, legales, de inversión bancaria, financieros al emisor o a cualquiera de sus controladas.

También el requisito de independencia prohíbe tener alguna relación con aquél que tuviere una posición de “control” sobre el emisor. Las normas definen la palabra “control” como un poder directo o indirecto para dirigir o causar la dirección y política

de una entidad, ya sea a través de la propiedad de acciones con derecho a voto, por contrato o por cualquier otro medio<sup>1</sup>.

Sin embargo, siguiendo los comentarios recibidos de varias fuentes, incluyendo la Comisión de Valores de Brasil, la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa de Italia y de la Agencia de Servicios Financieros de Japón y del Ministro de Economía, Comercio e Industria de Japón, entre otros, la SEC emitió el Comunicado Nro. 33-8183 de fecha 28 de enero de 2003 en donde se flexibilizan las normas de independencia para emisores extranjeros, reconociendo que esa práctica no necesariamente sea la más conveniente o culturalmente afín con la mentalidad de los accionistas y administradores en otras jurisdicciones, incluso flexibilizando la exigencia del Comité de Auditoría cuando el sistema legal bajo el cual la sociedad se haya constituido contemple órganos sociales de fiscalización de la función de los administradores.

En nuestro sistema jurídico, ignorando su diversidad respecto del modelo anglosajón, se ha incorporado este nuevo "sub-órgano" cuyas funciones se superponen en gran medida con las del órgano de fiscalización<sup>2</sup>, generando además una delegación inadecuada de las funciones de administración —a mi modo de ver— exclusivamente formal además de constituirse en un

<sup>1</sup> Los criterios de independencia de los Directores y Administradores para las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones están expuestos en el artículo 11 de la Resolución CNV 400/02 (que modificó las Normas de la CNV) en donde se utiliza como factor determinante la vinculación con titulares de acciones con "participaciones significativas", entendiéndose por tales las que representen por lo menos el 35% del capital social o una cantidad menor cuando tuvieren derecho a la elección de uno o más directores por clase o tuvieren con otros accionistas convenios relativos al gobierno y administración de la sociedad de que se trate o de su controlante.

<sup>2</sup> El Comunicado 33-8183 de la SEC trae importantes exenciones a las normas de independencia para los emisores privados extranjeros que permiten:

1.- Que un miembro del comité de auditoría sea afiliado de un emisor privado extranjero. (Esta exención reconoce el hecho de que los accionistas controlantes o grupos de accionistas sean más usuales entre los emisores privados extranjeros, y estos accionistas controlantes tradicionalmente han jugado un rol importante en el gobierno corporativo). Ello no obstante, los Considerandos del Dec. 677/01 establece que para revestir la calidad de independiente, el director miembro del comité de auditoría deberá serlo tanto respecto de la sociedad como de los accionistas de control, y no deberá desempeñar funciones ejecutivas en la Sociedad.

2.- No tener un Comité de Auditoría cuando las leyes nacionales requieran o proporcionen la vigilancia de un auditor a través de un consejo de auditores o un órgano similar.

mecanismo de encarecimiento de los costos de administración social. Si bien el Decreto 677/01 declama que el régimen que propone tuvo por propósitos y objetivo principal crear la “confianza” y “seguridad” necesarias para abaratar el costo del capital y aumentar el financiamiento de las empresas, como se ve con innovaciones como las que significó la creación del Comité de Auditoría –que además presupuso la necesidad de contratar “directores independientes”, sin embargo, constituyó un costo agregado de administración de la sociedad. Adviértase, por otra parte, que de los mismos considerandos del Decreto 677/01 resulta que las funciones que el mismo contempla –copiando modelos legislativos no subsumibles con el nuestro– son absolutamente compatibles en cambio con la esencia de la función del órgano de fiscalización interna que propende a proveer información a los accionistas –y por ende al público inversor como potencial accionista– y dotar de garantías de objetividad al trato de la sociedad con sus accionistas controlantes, lo cual se evidencia en tanto dichos considerandos proclaman la necesidad de resaltar la especial importancia la regulación de los aspectos que hacen a los auditores externos –en tanto verificadores de la razonabilidad y corrección de los estados contables asimilando sus funciones en alguna medida con las del comité de auditoría, reconociendo así que la calidad de la información pública que los emisores dan al mercado, constituye uno de los pilares fundamentales del buen funcionamiento del mercado de capitales.

Pero, en lugar de enfatizar en la profesionalización requerida –que luego fue asumida al requerirse ciertos requisitos de conocimientos específicos en materia de información financiera– destaca cuestiones que suenan más a “cosmética formal” tales como “garantizar la independencia y transparencia de las funciones que le son encomendadas al comité de auditoría” (como una suerte de órgano de fiscalización de la administración) y a esos fines se preocupa más porque la mayoría de sus miembros reúnan la condición de “independientes”, “tal como es de práctica en muchos mercados internacionales y como ha sido adoptado en forma creciente por muchos de los Códigos o normas que tratan sobre las buenas prácticas de gobierno de las sociedades”, en lugar de la sustancia y fin último, que es velar por la adecuada información y defensa del interés social para beneficio de la empresa toda, en lugar de beneficiar a ciertos accionistas. Ello queda evidenciado en tanto uno de los objetivos del Decreto 677/01 es prever un

mecanismo en virtud del cual las transacciones con partes relacionados a la emisora, se regulan siguiendo los lineamientos de los *Principles of Corporate Governance del American Law Institute*, a fin de garantizar un mayor escrutinio sobre aquellas operaciones de modo que, al ser aprobadas, lo sean en un contexto que en una primera consideración presuponga la contratación con dichas partes relacionadas con precios de mercado y en las condiciones que se celebrarían entre partes independientes, buscando que se equilibren los derechos de los accionistas minoritarios respecto de los controlantes, evitando no sólo posibles situaciones de abuso del controlante, sino también el de las minorías.

Nuestra Comisión Nacional de Valores no ha tenido el coraje de sumarse a los planteos de otros entes reguladores de la oferta pública como los antes mencionados y, de tal modo, vemos convivir en nuestro sistema jurídico un híbrido que pareciera querer cumplir el rol que nuestra legislación de fondo le ha reservado a los órganos de fiscalización interna (Consejo de Vigilancia y/o Comisión Fiscalizadora), obligatorios para la sociedad abierta.

Otra cuestión que queda para discutir en otra oportunidad, es si verdaderamente directores independientes son la mejor respuesta a la transparencia de los actos de gestión pues, sin duda, se plantea una tensión entre la eficacia de aquel director "comprometido" (por ser empleado) con los resultados de su gestión e interesado en el resultado del día a día, o sea en los resultados de corto plazo; por cuanto inciden directamente en su evaluación personal y muchas veces también en su retribución, frente a los directores comprometidos en el largo plazo o "valor de apreciación" de la empresa, en tanto accionistas, por oposición a aquéllos que sólo concurren a la sociedad esporádicamente y resuelven en función de los que "se les dice" y no en función de "lo que se vive", también más interesados en el corto plazo que en un plan de negocios a mediano o largo plazo.

Lo antes expuesto, en concordancia con las funciones, deberes y atribuciones que consagra la Ley de Sociedades Comerciales al Consejo de Vigilancia y a la Comisión Fiscalizadora, nos induce a sugerir la eliminación de la figura del Comité de Auditoría y el otorgamiento de las funciones que el artículo 15 del Decreto 677/01 confiere al Comité de Auditoría al Consejo de Vigilancia o Comisión Fiscalizadora, según resuelva la asamblea de accionistas. Adviértase la superposición e identidad resultante

de la lectura del artículo 15 del Decreto 677/01<sup>3</sup> con lo normado por los artículos 294 y 281 LSC.

<sup>3</sup> ARTICULO 15. Comité de auditoría. En las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, deberá constituirse un Comité de Auditoría, que funcionará en forma colegiada con TRES (3) o más miembros del directorio, y cuya mayoría deberá necesariamente investir la condición de independiente, conforme a los criterios que determine la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES. Estos criterios determinarán que para ser calificado de independiente, el director deberá serlo tanto respecto de la sociedad como de los accionistas de control y no deberá desempeñar funciones ejecutivas en la sociedad. Atribuciones del Comité de Auditoría. Será facultad y deber del comité de auditoría:

a) Opinar respecto de la propuesta del directorio para la designación de los auditores externos a contratar por la sociedad y velar por su independencia.

b) Supervisar el funcionamiento de los sistemas de control interno y del sistema administrativo-contable, así como la fiabilidad de este último y de toda la información financiera o de otros hechos significativos que sea presentada a la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES y a las entidades autorreguladas en cumplimiento del régimen informativo aplicable.

c) Supervisar la aplicación de las políticas en materia de información sobre la gestión de riesgos de la sociedad.

d) Proporcionar al mercado información completa respecto de las operaciones en las cuales exista conflicto de intereses con integrantes de los órganos sociales o accionistas controlares.

e) Opinar sobre la razonabilidad de las propuestas de honorarios y de planes de opciones sobre acciones de los directores y administradores de la sociedad que formule el órgano de administración.

f) Opinar sobre el cumplimiento de las exigencias legales y sobre la razonabilidad de las condiciones de emisión de acciones o valores convertibles en acciones, en caso de aumento de capital con exclusión o limitación del derecho de preferencia.

g) Verificar el cumplimiento de las normas de conducta que resulten aplicables.

h) Emitir opinión fundada respecto de operaciones con partes relacionadas en los casos establecidos por el presente Decreto. Emitir opinión fundada y comunicarla a las entidades autorreguladas conforme lo determine la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES toda vez que en la sociedad exista o pueda existir un supuesto de conflicto de intereses.

Anualmente, el Comité de Auditoría deberá elaborar un plan de actuación para el ejercicio del que dará cuenta al directorio y al órgano de fiscalización. Los directores, miembros del órgano de fiscalización, gerentes y auditores externos estarán obligados, a requerimiento del comité de auditoría, a asistir a sus sesiones y a prestarle su colaboración y acceso a la información de que dispongan. Para un mejor cumplimiento de las facultades y deberes aquí previstos, el comité podrá recabar el asesoramiento de letrados y otros profesionales independientes y contratar sus servicios por cuenta de la sociedad dentro del presupuesto que a tal efecto le apruebe la asamblea de accionistas. El Comité de Auditoría tendrá acceso a toda la información y documentación que estime necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.