

LAS NUEVAS INSTITUCIONES DEL DERECHO EMPRESARIAL Y EL SUSTENTO DEL SISTEMA CONCURSAL Y DE LA PROTECCION DEL AHORRO EN EL SISTEMA FINANCIERO

Guillermo Enrique Pardo Figueroa Ferreyra ()*

Los grupos de interés y el buen gobierno corporativo

Es característica del derecho y especialmente del derecho empresarial, que la realidad preceda a las normas jurídicas que intentan seguir de cerca a ésta, para regularla. En los tiempos modernos se vienen desarrollando una serie de instituciones jurídicas novedosas en esta área del derecho, las cuales tienen que ver con el gran desarrollo evolutivo que han alcanzado en el mundo de los negocios las sociedades de capitales.

Una de esas consecuencias del desarrollo evolutivo que ha experimentado la sociedad anónima a nivel internacional, es la creación de las sociedades de accionariado difundido, reguladas por la Ley General de Sociedades del Perú como Sociedades Anónimas Abiertas (1). En este tipo societario, la difusión del capital social distribuido en gran cantidad de acciones representativas del mismo y el consecuente gran número de accionistas, titulares de esas acciones, han desarrollado como consecuencia dos elementos modernos del derecho empresarial, nos referimos a la teoría de los grupos de interés y a las prácticas de buen gobierno corporativo.

(*) El autor es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Abogado con más de 15 años de experiencia en Banca y 7 años de experiencia en Asesoría Legal Corporativa, autor de diversos artículos y publicaciones.

(1) Ley General de Sociedades N° 26.887, arts. 249° y ss.

Cuando hablamos de los distintos grupos de interés que conviven en las sociedades, nos estamos refiriendo a aquellos intereses en apariencia encontrados, pero que en la práctica interactúan en una sinergia que los armoniza y que de modo dialéctico impulsa cada vez más el desarrollo de la sociedad en su conjunto, o de lo contrario la lleva a su extinción. Nos referimos por ejemplo, a los intereses de los accionistas mayoritarios vs. los intereses de los accionistas minoritarios, los unos procurando siempre la capitalización de las utilidades, para consolidar o mejorar la posición de la empresa en el mercado; los otros, procurando más bien la distribución de esas mismas utilidades entre los accionistas, pues sus objetivos no tienen que ver con la gestión del negocio, sino que sólo buscan sus ganancias, de allí que asuman estos la calidad de Inversionistas, incluso renunciando al derecho político del voto en las Juntas de Accionistas, a cambio de obtener un dividendo preferencial, en algunos casos (lo que justificó la creación de acciones sin derecho a voto y con beneficio de dividendo preferente).

Otros ejemplos de los conflictos de intereses que se presentan en las sociedades, lo constituyen: los trabajadores de la empresa, que procuraran mayores beneficios laborales vs. los propietarios o accionistas de la misma, que por su parte procurarán poner topes a los beneficios de los trabajadores, cuidando el menor gasto posible para redistribuir mayor cantidad de utilidades; los propietarios o accionistas que buscarán asesorarse con los más connotados tributaristas en busca de la llamada 'Economía de Opción' vs. El Fisco, en su intento de aumentar la recaudación; los Directores o miembros del Consejo Directivo, intentando llevar el Control de la Gestión del Negocio vs. los accionistas, que reunidos en Junta constituyen el máximo órgano de administración de la sociedad (al menos en teoría, pues la realidad en el mundo de las grandes corporaciones es otra); etc.

Sin embargo, si bien en apariencia todos estos Intereses inherentes a la sociedad de capitales, parecen encontrados, en la práctica se ven obligados a converger en una sinergia dialéctica por la cual la fuerza con la que empuja cada Grupo de Interés sus propias aspiraciones particulares, hace más eficiente a su contraparte, logrando una evolución armoniosa de la sociedad en su conjunto. Pongamos un ejemplo: mientras que los trabajadores exigen mejores condiciones de trabajo, los propietarios del negocio condicionan dichas mejoras a los buenos resultados del negocio, de ese modo, una vez que la fuerza laboral obtenga mayores utilidades éstas deberán ser

re-distribuidas ya no sólo entre los propietarios del negocio (accionistas) sino también entre aquellos trabajadores que hicieron posible el éxito de la empresa (bonos por resultados, premios, servicios sociales, etc.). Otro ejemplo, los accionistas mayoritarios procuran capitalizar las utilidades obtenidas durante el ejercicio, mientras que los accionistas minoritarios más bien procuran la distribución de éstas, entonces surge como instrumento de equilibrio, el dividendo obligatorio, regulado por la Ley General de Sociedades del Perú ⁽²⁾ y que hace imperiosa la distribución de un cierto porcentaje de utilidades, a pesar del posible desacuerdo de los accionistas mayoritarios, en su caso.

Pero en las sociedades conviven además de los ya mencionados, otros Grupos de Interés, como por ejemplo, el de los Proveedores y Clientes de la empresa, el de los acreedores de la empresa, el del Estado a través del Fisco y de sus otras dependencias reguladoras de la actividad empresarial, en el caso peruano, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores -CONASEV- y el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual -INDECOPI- en sus labores fiscalizadoras y en general el interés de la comunidad en su conjunto.

En efecto, antiguamente se pensaba que la sociedad mercantil o empresa, sólo importaba a sus propietarios y por tanto el destino de la misma sólo podía afectar a quienes habían invertido en ella. Ahora entendemos que no es así. Una empresa se debe a todos aquellos grupos de interés a que nos hemos referido anteriormente. es fácil concordar con esta idea, veamos, acaso los trabajadores de la empresa no precisan que ésta se mantenga a flote, para poder seguir cobrando sus remuneraciones y con ello llevar el sustento para su familia?, acaso, los proveedores o clientes de la empresa no dependen también de ésta para no reducir sus ingresos o satisfacer sus necesidades?, acaso El Fisco no está interesado en que la empresa siga creciendo para incrementar su recaudación?, acaso los acreedores de la empresa no precisan que ésta se mantenga líquida y que pueda cumplir con sus obligaciones pendientes de pago?. Demás está decir que los accionistas de la sociedad también están evidentemente interesados

(2) Ley General de Sociedades N° 26.887, art. 231°

en que su empresa no decaiga y más bien por el contrario, que cada vez arroje mejores resultados. Y acaso todos estos agentes económicos que se benefician como satélites que se nutren alrededor de una empresa, no son los elementos indispensables para el desarrollo de la economía de un país, de un continente o del mundo todo?

Pues sí, en efecto, todos estos elementos que de una u otra manera, intrínseca o extrínsecamente se nutren de las empresas, están totalmente involucrados e interesados en que ésta se mantenga a flote y así se explica la necesidad que tiene la comunidad en su conjunto de cautelar cada una de las empresas o sociedades que se desenvuelven en el mundo de los negocios.

En ese orden de ideas, otro de los elementos modernos que se vienen desarrollando en el Derecho Comparado, es el de las Prácticas de Buen Gobierno Corporativo - BGC (*corporate governance*). El BGC fue creado con la intención de equilibrar todas estas fuerzas que conviven en una empresa, con el objeto de administrarla y controlarla adecuadamente, para que los Conflictos de Interés que son ineludiblemente parte de la empresa, no se ahoguen los unos a los otros y que más bien convivan eficientemente, dialécticamente, estableciendo aquella Sinergia antes referida y que empuja hacia arriba al conjunto de todos ellos, logrando el éxito empresarial.

La responsabilidad social empresarial

A su vez, las prácticas de buen gobierno corporativo, han traído como consecuencia, uno de los pilares fundamentales para la implementación de éstas, un concepto trascendental que día a día viene asumiendo mayor importancia tanto en sede Internacional, cuanto en sede nacional, nos referimos al concepto de *la responsabilidad social empresarial*.

Como comenta el Dr. Edgardo Balbín Torres, en su artículo titulado: "Responsabilidad Social Empresarial Derecho y Derechos Laborales": "... *la mayor parte de definiciones de Responsabilidad Social Empresarial - RSE propuestas hasta el momento inciden en que es este carácter voluntario lo que la distingue de la responsabilidad jurídica*" (el resaltado es nuestro).

En consecuencia, el carácter voluntario de la RSE la diferencia (como género y especie) de la mera responsabilidad jurídica (legal y/o administrativa). Sin embargo, si bien la adopción de la iniciativa

de la RSE es voluntaria, su cumplimiento en algunos casos puede llegar a no serlo, por ejemplo cuando una empresa decide voluntariamente un beneficio extra a sus trabajadores y luego éste es recogido por un convenio colectivo, convirtiéndolo de ese modo en obligatorio.

Desde esta perspectiva, aparentemente la RSE escaparía de la esfera del derecho para trascender hacia la esfera de la ética o la justicia social (carentes del instrumento de la coerción), sin embargo, creemos que no es así, sino más bien que la RSE corresponde a ese Derecho Subjetivo, enmarcado en la esfera del Deber Ser como instrumento de esa misma Justicia Social. La legitimidad de éste la encontramos en la Teoría de los Grupos de Interés, cuya sinergia obliga a la empresa a seguir las pautas de la RSE si pretende un desarrollo sostenible.

Para sustentar lo expuesto definamos a la RSE, en palabras de los autores que se detallan seguidamente:

*“La mayoría de las definiciones de la responsabilidad social de las empresas entienden este concepto como la **integración voluntaria**, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores. Ser socialmente responsable **no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento** invirtiendo “más” en el capital humano, el entorno y las relaciones con interlocutores”* (el resaltado es nuestro) ⁽³⁾.

Del mismo modo, Baltazar Caravedo, comenta: *“La responsabilidad social de la empresa es una visión y filosofía empresarial que sostiene que ésta puede y debe jugar un rol más allá de hacer utilidades o ganancias. Es también una conciencia de que lo que las empresas producen tiene impactos directos e indirectos dentro y fuera de la compañía”* *“La responsabilidad social es una forma de asumir la dirección estratégica de la empresa”*... *“No es una acción esporádica, puntual o exclusivamente filantrópica,*

(3) En Jornadas Internacionales sobre RSE, Barcelona - 2005, artículo titulado “RSE - Oportunidad y desafío” por Luis Miguel Sirumbal, del Centro de Asesoría Laboral del Perú, CEDAL.

*desarticulada de la dinámica interna de la empresa y su entorno”
“Establece vínculos y acciones de compromiso para con la comunidad”⁽⁴⁾.*

En efecto, a nivel internacional la empresa viene siendo considerada actora central tanto de la economía cuanto de la sociedad en su conjunto; y es por ello que se ve obligada a asumir su responsabilidad social. Si bien la RSE, debe corresponder a una iniciativa privada y voluntaria (pues legislar su obligatoriedad la limitaría), se ve empujada por las cada vez más desarrolladas corrientes de consumo responsable e inversión ética, que demandan al mundo empresarial, que la ética y los negocios no sean incompatibles (vivo ejemplo en el caso Peruano, lo encontramos en la Asociación Peruana de Consumidores -ASPEC-, organización liderada por el Dr. Jaime Delgado, que ha logrado un impacto significativo en la población, despertando la conciencia del consumo responsable, como en el caso de la prohibición del bromato en los panetones o pasteles navideños). Se aspira además, que la RSE sea impulsada por las grandes corporaciones, como un enfoque de gestión empresarial, orientada a la satisfacción de consumidores, trabajadores, inversionistas, proveedores, clientes, Estado y comunidad en su conjunto, que conduzca a la obtención de una marcada diferencia comparativa que redunde en una marcada diferencia competitiva.

Complementamos esta parte de nuestra sustentación, citando una vez más al Dr. Baltazar Caravedo “... en el mundo actual, el empresario es el principal agente de desarrollo, de la elevación y expansión del bienestar, y de la calidad de vida humana. El empresario es el principal creador de riqueza personal, social y cultural. En tal sentido, cada empresario debe ser un líder, un inspirador, que inicie esa transformación en sí mismo y en su propia empresa como base de este esfuerzo integral de reingeniería nacional”⁽⁵⁾.

Ahora bien, desde la perspectiva del Estado, es necesario que se tome real conciencia para **crear las condiciones necesarias**, regulando, promoviendo o monitoreando la responsabilidad social empresarial, para poder luego recomendar cabalmente a cualquier

(4) Baltazar Caravedo, “¿Cómo promover la responsabilidad social empresarial? La experiencia peruana”, Fuente: www.peru2021.com

(5) Baltazar Caravedo, ob. cit., p. 1.

empresa que, ***dadas las condiciones***, asuman una actitud de responsabilidad social en su labor productiva, para obtener beneficios no sólo para sus accionistas, sino también para todos y cada uno de los grupos de interés (***multistakeholder***) que participan en la empresa.

En tal sentido, venimos observando que los Estados vienen asumiendo su rol promotor de la RSE. *En sede internacional*, encontramos ejemplos de estas medidas Estatales, con las ***soft regulation***, en el gobierno británico; los ***Foros Multistakeholders***, de gran éxito en Finlandia; las ***Etiquetas Sociales***, que corresponden al sistema liderado por Bélgica y ***Los Premios*** que usa la estrategia Alemana, para incentivar la práctica de la RSE.

En sede nacional también ha quedado claro que el Estado (Peruano), debe cumplir una labor “*promotora o de fomento dirigida, no a la implantación concreta de políticas empresariales de RSE, sino a la promoción empresarial en los ámbitos externo e interno de los derechos humanos y fundamentales*”⁽⁶⁾. Cita dicho autor el Art. 5º de la Ley N° 27711, Ley del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú, la cual atribuye a dicho órgano la función de “*promover normas y estándares de responsabilidad social empresarial, así como el desarrollo de ventajas competitivas basadas en la difusión y certificación independiente de las mismas*”. También refiere, dicho autor, la creación del “*Plan Nacional de Fomento del Trabajo Decente y la Competitividad Empresarial*” siguiendo el ejemplo del Sistema de Premios usado en Alemania, coherente con una actitud estatal de fomento en el marco de la RSE.

Coincidimos con diversos autores en que el mayor reto al cual se enfrenta la humanidad es reducir la pobreza. Para ello se requiere crecimiento económico sostenible, que se sustente en el desarrollo de la justicia social, por ende la relación empresa-sociedad resulta de vital importancia. Las decisiones que toma el empresario influyen en el medio ambiente, en la distribución del ingreso, en el desarrollo tecnológico y en las condiciones sociales y políticas, por ello, coincidimos plenamente con lo manifestado por el Dr. Jannik Lindbaek: “*para defender sus intereses a largo plazo, una compañía multinacional*

(6) Balbín Torres, Edgardo, ob. cit., p. 9.

tiene que tomar en cuenta su posición en cuanto a problemas globales tales como la reducción de la pobreza, los derechos humanos, los problemas de salud, los problemas ambientales y la corrupción (...) cada vez más, las compañías están entendiendo que va en beneficio de su propio interés tomar en consideración y actuar con respecto a las responsabilidades sociales” (7).

Los fundamentos del sistema concursal

Como hemos visto hasta acá, los grupos de interés, las prácticas de buen gobierno corporativo y la responsabilidad social empresarial, son los nuevos elementos que se vienen desarrollando en el derecho empresarial moderno. Todos los cuales no son más que consecuencia de la evolución económico-financiera que las sociedades de capitales vienen experimentando en el mundo de los negocios. Ahora bien, queda claro que el interés por preservar la eficiencia y rentabilidad de la empresa, interesa no sólo a sus propietarios, directivos o trabajadores, sino también, al resto de agentes económicos que se nutren de éstas, tales como los proveedores, clientes, acreedores, el Estado y la comunidad en su conjunto. Siendo ello así, podemos explicar fácilmente los fundamentos de una rama del derecho mercantil que se encuentra en plena elaboración en sede internacional y, cómo no, también en sede nacional, nos referimos a los fundamentos del derecho concursal.

El derecho concursal surge como rama del derecho mercantil, con el objeto principal de proteger y cautelar la actividad empresarial, incluso respecto de la gestión de sus propios administradores; para evitar, en lo posible, su salida del mercado precisamente porque como ya hemos sustentado antes, ésta no sólo interesa a sus propietarios o accionistas, sino a todo el conjunto de los distintos grupos de interés que conviven en ella. Como quiera que la suma de los éxitos empresariales de los particulares redundarán, como espiral, en el éxito de la economía de un sector, de un país, de un continente o del mundo

(7) Lindbaek, Jannik, “La ética y la responsabilidad social empresarial”.

entero, no cabe duda de que, el interés por conservar en pie una unidad productiva importa a todos y cada uno de los agentes del comercio, incluyendo como es obvio a las empresas del sistema financiero, la bolsa de valores y las demás organizaciones creadas y por crearse para brindar servicios financieros como soporte a la actividad empresarial.

Es en ese mismo orden de ideas que todos los esfuerzos iniciados por los diferentes estados, al crear los sistemas concursales, no tienen la más mínima intención de privilegiar una política de no pago de las obligaciones incumplidas, sino por el contrario, nacen con el objeto de intentar reestructurar los posibles desbalances de orden económico-financiero por los que pueda estar atravesando coyunturalmente una empresa. Evitando que al más mínimo tras pies financiero que implique iliquidez, puedan caer los acreedores "canibalizando" el patrimonio de la empresa, sin siquiera permitir a ésta hacer un planteamiento serio de refinanciación o reingeniería financiera, para salir de dicho estado coyuntural de iliquidez.

Por cierto, que el objetivo subalterno del derecho concursal es que en caso se avizore que la empresa ya no resulta viable, mediante el mecanismo correspondiente, ésta pueda salir ordenadamente del mercado, sin producir más perjuicios al mercado que los estrictamente insalvables.

La protección del ahorro en el sistema financiero

De la misma manera que el Estado, a través del derecho, ha querido diseñar sistemas inteligentes que intenten conseguir el objetivo antes descrito al crearse el sistema concursal; antes también idearon una serie de mecanismos para evitar que a los ahorros de los pobladores depositados en las entidades del sistema financiero, se les de un destino inapropiado, pues bajo la misma perspectiva que en el caso del sistema concursal, en el sistema financiero también está en riesgo el dinero de los pobladores y con ello la estabilidad de la economía nacional.

Por estas consideraciones es que podemos afirmar que la teoría de la protección del ahorro (ordenada por la propia Constitución Política del Estado, en el caso peruano), diseñada para el sistema financiero nacional y la creación del sistema concursal, comparten una misma iniciativa, un mismo objetivo, un mismo fin: cautelar el

dinero de los particulares, como garantía para el crecimiento de la economía nacional. En el caso del Sistema Concursal, la protección del patrimonio del deudor y la inexigibilidad de sus obligaciones pendientes de pago, mientras la Junta de Acreedores analiza la viabilidad del Plan de Refinanciación propuesto por el deudor, tiene el fin de cautelar la permanencia de la empresa en el mercado, hasta donde sea recomendable y posible. En el caso del Sistema Financiero, la Teoría del manejo del Riesgo, tanto en la Colocación de los créditos, cuanto en la recuperación de los mismos (dado el caso de un incumplimiento); implica la misma protección de los ahorros del público, pues son estos dineros de los particulares, los que en mayor medida disponen los Bancos, para la realización de sus operaciones activas (créditos o colocaciones)

Muchas veces los particulares, completamente ajenos al sistema concursal o al Sistema Financiero, se preguntan ¿por qué el Estado hace tantas concesiones a las empresas deudoras, en el sistema concursal?, ¿cómo es que los acreedores no pueden ejecutar sus garantías en la vía judicial?, ¿cómo es que no pueden trabar embargos sobre los bienes de su deudor, si ese es su derecho? Del mismo modo, se preguntan ¿Por qué los Bancos, con el poder adquisitivo que manejan, tienen tantos instrumentos jurídico-financieros para hacer el cobro de sus acreencias: el mérito ejecutivo de los títulos valores, el mérito ejecutivo de las liquidaciones que ellos mismos realizan respecto de determinadas acreencias, la opción de girar una letra a la vista por el sobregiro de una cuenta corriente y el cobro de la misma en la vía ejecutiva aún sin que haya sido aceptada o girada por su deudor; y todos los demás instrumentos privilegiados de cobranza que les faculta la Ley General del Sistema Financiero, en el caso peruano, precisamente en el Capítulo de denominado "Protección del Ahorro".

Pues bien, espero haber podido colaborar con despejar estas interrogantes, sin perjuicio de que tanto el sistema concursal, hoy por hoy en plena elaboración en sede internacional, como las normas que regulan el sistema financiero nacional, son obras humanas perfectibles y en pleno proceso de maduración, por lo cual compartimos la opinión de quienes piensan que todavía hay mucho por hacer en nuestra legislación concursal y bancaria, para que las instituciones cumplan realmente el rol que en teoría deben cumplir.