

EL GOBIERNO CORPORATIVO: ENTRE LA REALIDAD Y LA FICCION

Dante Cracogna

Resumen

El gobierno corporativo atrajo poderosamente el interés de organismos públicos y privados en los últimos años como un mecanismo de defensa de los intereses de los accionistas frente a los abusos de los administradores y la connivencia de los auditores. En muchos casos se entendió que debía ser la ley la que previniera o corrigiera esos problemas como si ella tuviera la virtud de producir comportamientos éticos, ignorando que una cosa es el gobierno corporativo legalmente establecido y otra el “buen” gobierno corporativo como organización de conductas voluntariamente asumidas para mejorar el desempeño societario y atender a los requerimientos de los diversos interesados en la gestión empresarial. Las normas legales impuestas con carácter general en esta materia pueden convertirse en una mera ficción que termine en el desprestigio legislativo en tanto que resulta necesario promover actitudes empresariales libremente asumidas que valoren los comportamientos éticos como convenientes a su mejor desempeño y a los intereses generales.

I. Introducción

En los años recientes el tema del gobierno corporativo ha cobrado una significativa presencia en el ámbito de los estudios societarios, especialmente, en los países desarrollados. El motivo de su auge es, principalmente, una reacción frente a los notables abusos cometidos por los administradores y ejecutivos de grandes corporaciones con la complicidad de las auditorías que debían controlarlos.

Estos verdaderos escándalos evaporaron el capital de los accionistas, incluidos los ahorros de los pequeños inversores; dejaron

a los trabajadores sin sus empleos y sin sus fondos de pensión; provocaron la incobrabilidad de los créditos de los acreedores financieros y comerciales; motivaron el incumplimiento de los compromisos con clientes y proveedores; privaron al Estado del ingreso de los tributos e instalaron en la sociedad el descrédito de las empresas lesionando el funcionamiento de la economía y la confianza pública sobre la que ésta descansa.

El daño causado por esos comportamientos es de una magnitud enorme y, ciertamente, no ha pasado desapercibido para las propias empresas que advierten la fuerte crítica y el rechazo social emergentes, más allá del eventual castigo de los responsables directos de tales estragos. Frente a ello surge una vigorosa reacción encaminada a demostrar la condena de esas malas prácticas y a incentivar el buen gobierno corporativo a fin de que las empresas logren la consideración de los distintos actores sociales que con ellas se vinculan y puedan desenvolver su actividad en forma regular.

Esta reacción se manifiesta en diversos ámbitos, desde las propias empresas hasta los gobiernos pasando por los organismos públicos de contralor y los medios académicos, si bien entre ellos suele existir un variable grado de interrelación. Pero es del caso señalar que hay quienes sostienen que son las mismas empresas las que deben procurar mejorar la calidad de su funcionamiento y, por otro lado, quienes afirman que es responsabilidad los gobiernos y de los legisladores imponer normas y controles que obliguen a una mejor conducta empresarial.

II. Objeto del gobierno corporativo

El fundamento inicial del buen gobierno corporativo consiste en proteger el interés de los inversores y asegurarles el incremento del valor de sus inversiones. Esa protección es contra las maniobras y procedimientos impropios de los administradores que son los que tienen en sus manos las decisiones acerca de los recursos aportados por los accionistas. Especialmente se trata de proteger a los accionistas puesto que sus inversiones se hallan libradas al riesgo empresarial a diferencia de las que realizan otros inversores que suelen (o pueden) estar amparadas por determinadas garantías o resguardos.

De allí que el punto crucial de la cuestión del buen gobierno se halle estrechamente vinculado con la clásica dicotomía "propiedad

vs. administración” puntualizada hace ya mucho tiempo en las grandes corporaciones americanas ⁽¹⁾. La cuestión radica, pues, en cómo asegurar que quienes administran los recursos aportados por los socios o accionistas se comporten teniendo en mira los intereses de éstos y no persiguiendo el beneficio suyo personal aun a costa de los demás. La cuestión se agrava cuando se trata de accionistas minoritarios que no se hallan en condiciones de gravitar en las decisiones sociales o bien de inversores institucionales que pueden no estar interesados en participar del gobierno societario sino solamente en obtener una determinada renta.

Sin embargo, a partir de ese inicial objetivo de protección para los inversores se fue ampliando progresivamente el campo del gobierno corporativo para alcanzar a la tutela de otros interesados en el buen funcionamiento empresarial, es decir, los llamados *stakeholders* ⁽²⁾. Estos abarcan una variada gama de actores vinculados a la empresa: trabajadores; financiadores; proveedores; clientes; organizaciones sociales; gobierno y la comunidad en general, lo cual se vincula asimismo con la “responsabilidad social empresarial”.

III. La ley y el buen gobierno corporativo

Un aspecto que liminarmente corresponde señalar consiste en que una cosa son las obligaciones legales de las sociedades y otra el buen gobierno corporativo. En efecto, todas las legislaciones que rigen a las sociedades (incluida, por cierto, la Argentina) contienen pautas sobre la organización y el funcionamiento de sus órganos, es decir sobre el gobierno corporativo *lato sensu*. Pero cuando se habla del “gobierno corporativo” o, más precisamente del “*buen* gobierno corporativo” (incluyendo el calificativo dentro de la denominación) se está haciendo referencia a pautas de organización y funcionamiento

(1) Es obligada la referencia a la clásica obra de Adolf A. Berle y Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, que ya en 1932 tematizó esta cuestión que sigue preocupando -y con creciente intensidad- en nuestros días.

(2) La expresión inglesa resulta de difícil traducción, por lo que su utilización se ha generalizado para designar a todos aquéllos que tienen algún interés en torno de la empresa.

que suponen el cumplimiento de las normas legales respectivas pero que van más allá de ellas, es decir que las trascienden.

Quizás convenga, para aclarar el punto y disipar confusiones frecuentes en esta materia, recurrir a la distinción entre el “sentido positivo” y el “sentido normativo” con el que puede hacerse referencia a esta cuestión ⁽³⁾, equivalente a la distinción que algunos formulan entre el gobierno corporativo “contractual” y “legal” ⁽⁴⁾. El sentido positivo significa tratar el gobierno corporativo con carácter descriptivo, conforme con la clásica definición de Sir Adrian Cadbury: “*gobierno corporativo es el sistema mediante el cual las compañías son dirigidas y controladas*”, en tanto que el sentido normativo tiene que ver con las instituciones que regulan el funcionamiento de las sociedades y que pueden ser modificadas mediante decisiones políticas. Este último se asimila al concepto “legal” del gobierno corporativo; es decir al que surge de las normas jurídicas que imponen la forma de organización y funcionamiento societario, en tanto que el primero tiene que ver con la noción “contractual” o “autorregulatoria” por cuanto se trata de cómo las propias sociedades estructuran y desenvuelven su gobierno.

La precisión no resulta ociosa, puesto que existen ciertos límites que las normas legales no pueden trascender so pena de transformarse en meras expresiones de deseos o fórmulas vacuas sin efecto práctico que solamente sirven para satisfacer la arrogancia del legislador o complacer a un público no avisado, sea porque no se acatan, porque los órganos de control no las aplican ⁽⁵⁾ o porque su costo resulta

(3) La distinción se relaciona con los diferentes enfoques de la ciencia económica puntualizados por J.M. Keynes (Confr. Torres López, Juan, *Análisis económico del derecho*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 37).

(4) Así lo plantea Cándido Paz Ares: “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, Nº 251, p. 7 y ss.; Carlos S. Odriozola llama a esta corriente “autorregulación” y puntualiza que es la óptica seguida por el Centro para la Estabilidad Financiera (CEF) (“La necesaria búsqueda del buen gobierno corporativo”, en Raúl A. Etcheverry-Héctor Osvaldo Chomer-Luis Mariano Genovesi, compiladores, *Derecho comercial y de los negocios*, t. I, Eudeba, Bs. As., 2007, p. 122).

(5) El problema del *enforcement* en relación con el gobierno corporativo ha sido motivo de especial preocupación (Confr. Global Corporate Governance Forum, *Enforcement and Corporate Governance: Three Views*, Washington D.C., 2005, *passim*).

demasiado elevado en relación con el bien jurídico protegido ⁽⁶⁾. En todo caso, el precio de esas normas es el desprestigio de la legislación.

Es que hay determinadas conductas que no pueden imponerse por medio de leyes. El respeto de valores y principios no es materia confiada a la voluntad del legislador. De allí que las normas legales sobre esta materia no deban ser otras que las que resulten indispensables para organizar el “gobierno corporativo”, sin avanzar sobre pautas que pretendan hacer un “buen” gobierno corporativo, pues éste quedará librado a la cultura que exprese los valores y principios de cada empresa.⁽⁷⁾ A lo sumo, podría considerarse la existencia de un “sistema” de gobierno corporativo ⁽⁸⁾ si se acepta que las normas jurídicas y las prácticas empresarias se conjugan en un conjunto armónicamente entrelazado.

Por otra parte, el buen gobierno corporativo no obedece a cánones rígidos establecidos con carácter general para toda clase de empresas. Es una ficción pensar que se pueden dictar normas comunes para todas las empresas en esta materia, máxime cuando se pretende hacerlo con frondosidad y detalle. El buen gobierno corporativo se adapta a cada empresa en particular tomando en cuenta sus particularidades, su tradición, su contexto; es decir todo aquello que las normas generales soslayan.

Cabe señalar que existen aproximaciones al gobierno corporativo que toman en consideración la naturaleza de las diferentes clases de empresas. Efectivamente, si bien inicialmente la cuestión se hallaba centrada en torno a las sociedades cotizadas, es decir aquéllas que concurren al mercado de capitales para captar recursos -y la teoría se desarrolló específicamente acerca de ellas- con posterioridad se advirtió que también interesaba a otras empresas de características diferentes.

(6) Prueba de esta situación son las dificultades advertidas en la aplicación de algunas disposiciones de la Sarbanes-Oxley Act pese a su cuidada elaboración y al clamor público que precedió a su promulgación.

(7) Edgar I. Jelonche refiriéndose a este tema afirma, con razón, que: “*La imperatividad à outrance incrementa los costos, burocratiza los modos de actuar y frena la dinámica de las empresas*” (“Gobierno societario y mercado de capitales”, *Derecho comercial y de los negocios*, cit., p. 99).

(8) Confr. Luchinsky, Rodrigo S., *El sistema de gobierno societario*, Lexis Nexis, Bs. As., 2006, ps. 1-2.

Así surgieron los estudios del gobierno corporativo relacionados con las PYMEs, con las ONG, con las empresas del Estado ⁽⁹⁾, con lo cual se amplió y diversificó notablemente el campo de la materia reconociendo que el buen gobierno no solamente sirve al objetivo de tutelar el interés de los accionistas. De esta suerte, queda claro que las generalizaciones en esta materia constituyen una pretensión condenada al fracaso puesto que a la necesaria distinción entre las diversas clases o categorías de empresas ha de agregarse la indispensable adecuación a las características propias de cada una de ellas en particular.

No obstante, por encima de las diferencias específicas de las empresas existe una común búsqueda de la eficiencia, aun en la aplicación del sistema normativo, con la consiguiente necesidad de reducir sus costos de transacción en la operación de la actividad económica, a lo cual no escapa el gobierno societario. Esta exigencia resulta de todas maneras imperativa para cualquier sociedad, con prescindencia de su forma jurídica y características individuales. El análisis económico del derecho, como paradigma de esta corriente, se ha ocupado de manera relevante acerca de este enfoque ⁽¹⁰⁾.

IV. Conclusión

Si bien existen promisorios indicios, el gobierno corporativo es una cuestión que aun no ha despertado en la Argentina un interés acorde con la importancia que alcanzó en los países desarrollados. El principal avance que se suele reconocer en esta materia consiste en un decreto de dudosa constitucionalidad que por vía delegada vino a

(9) La IFC (International Finance Corporation) reconoce diferentes clases de empresas para la consideración del gobierno corporativo: sociedades cotizadas; sociedades de familia no cotizadas; instituciones financieras y empresas privatizadas de economías en transición. Para cada una de ellas tiene elaborado un esquema diferente (www.ifc.org/ifcext/corporategovernance.nsf/Content/CG_Tools).

(10) Confr. Cracogna, Dante, "Aproximación al análisis económico del derecho", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 12, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, ps. 267-268.

legislar de manera frondosa y con fuerte influencia foránea sin que haya existido debate previo al respecto. De esa manera, se ha producido una comprensible reacción negativa que estriba tanto en la génesis de la medida como en la circunstancia de haberse introducido el tema por vía de normas legales imperativas en lugar de haberse promovido su adopción y desarrollo por el cauce de la incorporación a las buenas prácticas societarias con lo cual la visión del tema resulta, al menos, parcialmente distorsionada.