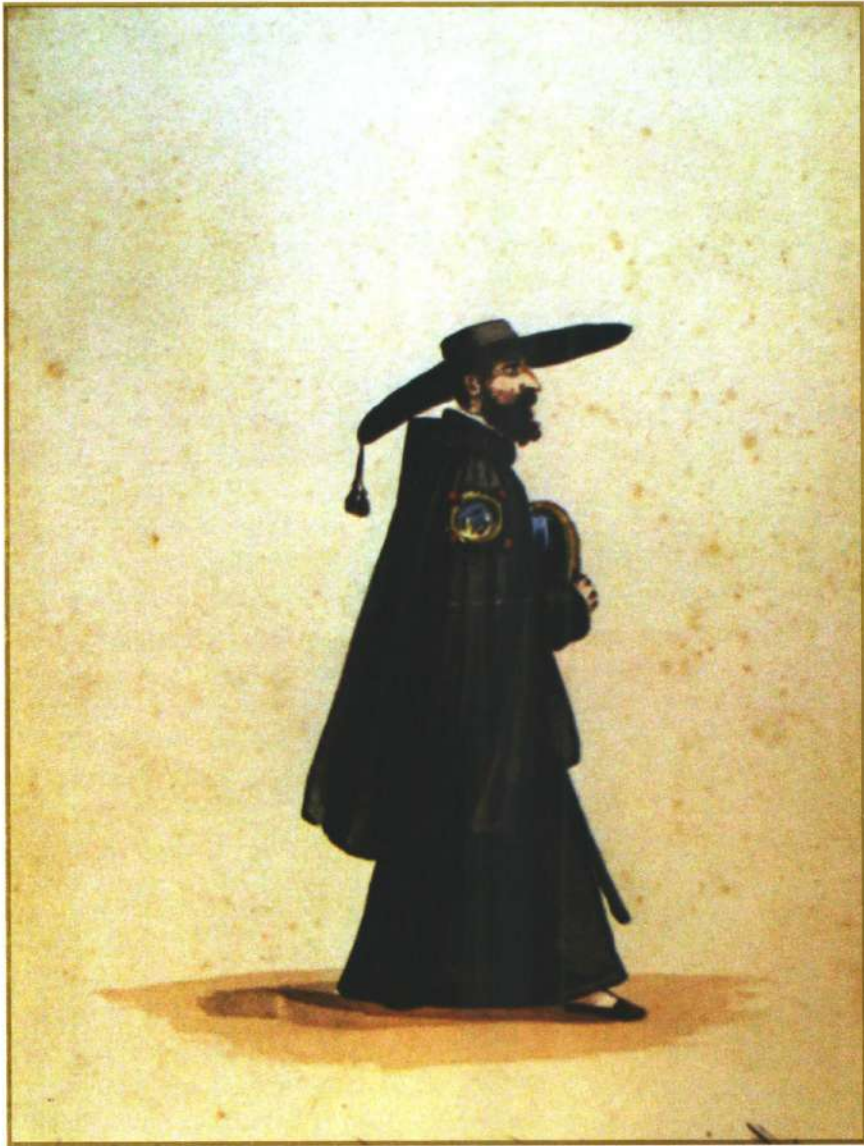


*El directorio en las sociedades  
anónimas y el buen  
gobierno corporativo*

Rossana Pilar Taquía Gutiérrez\*

Lex

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Docente de la Universidad Alas Peruanas.



Monje de Nuestra Señora de Belén.

## INTRODUCCIÓN:

Cada vez más en nuestra actividad empresarial nos encontramos ante una vorágine de acontecimientos que vinculan al Derecho y la Economía, lo cual no nos sorprende ya que nos encontramos en un mundo globalizado en el que los mercados están interconectados ya sea que se trate de un país desarrollado o de un país de economías emergentes como el Perú.

Pues bien, en todas estas relaciones jurídicas y económicas, el rol protagónico del empresariado para la consecución de la promoción de inversiones es indiscutible, ante ello una pregunta que nos cuestiona es ¿dónde queda en estas transacciones la ética?, estamos ante una promoción mundial de las mismas a través de las llamadas Prácticas de Buen Gobierno Corporativo y nuestro país desde el año 2005 posee a través de CONASEV información de cómo las empresas listadas, es decir las que cotizan en bolsa, cumplen o no con estas recomendaciones, no obstante, las prácticas de buen gobierno corporativo no son otra cosa que prácticas éticas aplicadas al mercado, y dependiendo de las características de este, sea de accionariado difundido o concentrado deben cambiarse las recomendaciones.

Pues nuestro enfoque en el presente artículo aborda la relevancia del rol del directorio desde una visión ética que la brinda el buen gobierno corporativo ( en adelante BGC) así como la perspectiva del Derecho Societario Peruano- que en opinión de algunos es contradictoria con el BGC- todo ello en un marco de los intereses que posee el director, que no siempre coinciden con los de la sociedad.

## 1. MARCO CONCEPTUAL DEL DIRECTORIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA DESDE EL DERECHO SOCIETARIO

La sociedad anónima no es un reflejo de las potestades jurídicas que se ejerce por un propietario sobre su bien, ya que la eficacia de esta necesita dispersión de capital y una concentración de mando, para permitir profesionalismo en la dirección y por ello ingresa a la vida misma de la sociedad, la Administración, (directorio) que ejerce una forma de poder sobre la propiedad ajena.

El Directorio en la Sociedad Anónima según la legislación peruana es para que gestione y administre<sup>(1)</sup>, ya que ello no lo hacen los accionistas que son los titulares de las

acciones. El Directorio puede realizar todo acto de administración incluyendo los de disposición a excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la Junta General u otro órgano, o excluyan de la competencia del Directorio.

Sin embargo debe notarse además que la actuación del Directorio en la administración esta delimitada por el objeto social diseñado en el Art. 11 de la LGS<sup>(2)</sup>, y cuando sean actos que no son parte del objeto social ni son actos relacionados que permitan el fin social debe requerirse acreditación de quien representa a la sociedad para tener facultades suficientes para celebrar dichos actos según señala Tomas Cerdán Limay.<sup>(3)</sup>

El Directorio delimita las políticas de administración ergo la labor está relacionado a decisiones políticas y administrativas. Señala Ángel Cristóbal Montes lo siguiente: “La pro-

piedad ya no corresponde con el poder en la Sociedad ni este va ligado al oportuno riesgo empresarial. Se tiene el poder sin ser propietario o sin serlo en la medida adecuada y se ejerce ese poder sin sometimiento al riesgo”.<sup>4</sup>

Mientras el órgano societario Junta de Accionistas, es el órgano supremo deliberante y electoral, el Directorio es el que conduce legalmente al negocio, ejecuta - si no lo hace la gerencia - las decisiones para conseguir el objeto social.

Brosseta Pont decía que las Sociedades Anónimas son semejantes a países democráticos y hacia el siguiente símil:

La separación funcional de deliberar y administrar conlleva a veces a crisis sobre todo en la gran sociedad anónima.

Hoy existe crecimiento de la Administración, a comparación del órgano deliberante que es la

### Sociedad anónima

El Estatuto

Junta General de Accionistas

Directorio y Gerencia

### Estado de Derecho

La Constitución Política del Estado

- labor: Deliberar - El Poder Legislativo

- labor: Administrar - El Poder Ejecutivo

<sup>(1)</sup>Artículo 152 de la Ley General de Sociedades” la administración de la sociedad esta a cargo del directorio y de uno o mas gerentes, salvo lo dispuesto en el artículo 247” a su vez el artículo 247 nos hace referencia a la posibilidad de directorios facultativos en la sociedad anónima cerrada.

<sup>(2)</sup>Artículo 11 de la LGS “ La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social, los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o el estatuto.

La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas”

<sup>(3)</sup> Cerdán Limay, Tomás, “Delimitaciones de las Facultades de Administración del Directorio en la LGS” en Diálogos con la Jurisprudencia de Gaceta Jurídica, Mes Agosto , Año 2003.

<sup>(4)</sup> Cristóbal Montes, Ángel , “La Administración delegada de la Sociedad Anónima ” Ediciones Universidad de Navarra, España, 1977.



junta de accionistas que se presente atomizada y en algunos casos con falta de representación.

La actual Ley General de Sociedades le dio más facultades al directorio y gerencia y ha reducido el de la junta general de accionistas, indicándonos ello ya una señal de la importancia de labor de la administración.

“El director actuando en forma individual prácticamente carece de facultades o atribuciones, las cuales aparecen de forma plena cuando actúa en forma colectiva, vale decir, como órgano colegiado, nótese que el campo de actuación de los administradores es sumamente amplio ya que solo cuenta –en principio– con dos límites claramente establecidos: El objeto social y las facultades reservadas para la junta general”.<sup>(5)</sup>

El directorio a partir de las prácticas de buen gobierno corporativo se busca que posea una posición autónoma e independiente por ser quienes en principio deben buscar ante todo el interés social, su conservación y su prosperidad; por el contrario el accionista tiene un interés más personal y hasta egoísta respecto a la empresa, siendo por tanto una relación de agencia como hemos explicado antes – lo que existe entre ambas partes.

### 1.1 Importancia y teorías sobre el directorio

El directorio como parte de la administración tiene importancia por dos razones fundamentales:

i) Administra y representan los intereses de los accionistas.

ii) Es el órgano profesional que dirige la empresa.

Para Vivante “el directorio es un consejo, es un órgano colectivo que delibera por medio de su mayoría y en cuyo seno todos los miembros están ligados por un vínculo de sociedad”<sup>(6)</sup>

Todos los directorios se ciñen a la Ley General de Sociedades, las grandes y pequeñas empresas, incluso las que cotizan en bolsa, bancos o Cías de seguros, además deben cumplir con obligaciones adicionales, originados en controles específicos de organismos públicos, CONASEV y Superintendencia de Banca y Seguros.

El directorio debe cumplir como órgano societario funciones de gestión y representación

En las funciones de gestión podemos señalar que se descompone a su vez en 3 elementos; formular estrategias, elaborar conjunto de planes generales orientados a realizar la estrategia planteada y dirección y control de la organización.

En las funciones de representación la ejerce independientemente del accionista y esa independencia se denota en elaborar y ejecutar estrategias de la sociedad, sin tomar como base de referencia los puntos de vista de los accionistas, ya que esas estrategias se desenvuelven en el contexto de normas que reflejan la estructura básica del poder en la Sociedad. Así el directorio es la “elite directiva”, que se identifica así mismo con los intereses generales de los titulares de las acciones, por ello el

<sup>5</sup>Torres Morales Carlos “ La Responsabilidad de los Directores” Revista Peruana de Derecho de la Empresa, pag 118, N° 52 año XVI.

<sup>6</sup>Vivante Cesare, “ De las Sociedades y Asociaciones Comerciales “, Pág. 88, Ediciones Buenos Aires, Argentina, Tomo II, 1970.

artículo 173<sup>(7)</sup> de la LGS expresa claramente que el director representa a todos los accionistas y no solo a los que lo eligieron.

Las teorías sobre el origen de los poderes directorales reposa en la fundamentación jurídica para que actúen personas (los directores) frente a terceros, en interés de un patrimonio ajeno (accionistas) y que resulte garantía suficiente para tales terceros, conlleva que posean poderes, los cuales son en teoría entendidos de distinta forma.

#### a. Teoría del mandato

Esta es una de las primeras teorías, donde los defensores parten sobre la base de considerar a la sociedad como un contrato, en razón de ello, los intervinientes de dicho contrato debían fijar sus relaciones con los administradores de la sociedad a través de la suscripción de contratos de mandato, entendiendo a estos como mandatarios de la gestión social.

Esta teoría preconiza que los administradores se encuentran vinculados con la empresa en virtud de contratos de mandato a través de los cuales cumplen la voluntad de la sociedad y ejecutan las labores de gestión de la sociedad.

El mandato conferido a los administradores era uno con representación dado que vinculaba a la sociedad directamente con los actos que realizaban y celebraban y por el contrario los administradores no quedaban vincu-

lados personalmente con tales negocios jurídicos. Sin embargo, esta teoría no definía de forma clara si el mandato que ejercían los administradores o directores era a favor de la sociedad o de los accionistas de esta.

No obstante, en la práctica esta teoría ha sido virtualmente dejada de lado, toda vez que como bien señala Martorell “los actos del mandatario y los actos del órgano de administración o dirección son esencialmente distintos. Los actos del mandatario son actos propios, cuyos efectos trascienden al mandante”.<sup>(8)</sup>

#### b. Teoría de la representación

Considera a los administradores y funcionarios como representantes sociales necesarios, instituidos por ley, pero designados por el órgano de gobierno de la sociedad. No hay fundamento a esta teoría, porque el director no actúa en interés de otra persona sino de la sociedad.

La doble relación de representación entre los directores con la sociedad son:

i. Relaciones de representante voluntario (originadas en el Contrato de mandato que los une con la empresa) es la voluntad de la sociedad mandante por medio del cual le ha dejado al consentimiento de los contratantes y a la voluntad privada de los directorios y de la Sociedad, porque es entre estos que surge el mandato. El fundamento es la voluntad de la representada.

<sup>7</sup> Artículo 173, segundo párrafo de la LGS, señala “... los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes y su actuación no puede limitarse a defender los intereses de quienes lo eligieron”

<sup>8</sup> Martorell, Ernesto Eduardo “ Los directores de la Sociedad Anónima” Pág. 108, Ediciones Depalma, Talcahuano 494, Artes Gráficas S.A. Buenos Aires- Argentina. 1990.



ii. Relaciones de representación necesaria (originadas en la ley) Por el hecho de que personas físicas estén en la relación de mandato hacia una empresa, el legislador por razones de interés público constituye a los administradores en representantes necesarios de la sociedad, señalándoles obligaciones.

### c. Teoría del trust o fiducia

Para la doctrina anglosajona, la participación de los integrantes del directorio dentro de la sociedad es asimilada a la de un trustee; es decir, para este sector de la doctrina, la función del directorio y, en particular de los directores, es asimilable a la de un factor fiduciario.

De conformidad con lo postulado por esta teoría, los directores se encuentran obligados a administrar los bienes sociales en provecho de terceros, es decir, en provecho de la propia sociedad como de los accionistas de esta. Tal como lo señala Martorell, las cortes de equidad de los países de tradición jurídica anglosajona han pretendido dar justificación con el vocablo “trustee”, a los poderes, incompatibilidades y obligaciones que derivan de la posición jurídica de director.

Es claro que si bien bajo la perspectiva jurídica romanista las funciones que desarrollan los directores de una sociedad anónima no se asemejan a las de un fiduciario, dado que es impensable sostener que estos ostentan la “propiedad” de los bienes o derechos que administran, no es menos cierto que los principios que engloba la función que cumplen lo “trustees” se encuentran estrechamente vinculados con los principios que deben respetar en su accionar los directores de una sociedad

anónima. Así, los directores de una sociedad anónima deben actuar en conciencia, con rectitud y honradez en los negocios sociales, desarrollando los mismos con sinceridad, desinterés y buena fe.

Existe jurisprudencia norteamericana que dispone la responsabilidad a los directores por su negligencia o mala conducta en el mismo grado que un fiduciario, por la convicción con que hacen el manejo de los negocios para con la sociedad o con los accionistas, debiendo actuar con buena fe y subordinando sus intereses a los de la sociedad, evitando cometer fraudes o prevalecerse de su posición para obtener beneficios para ellos mismos, situación que en los últimos años ha estado tan vigente llevando a que Estados Unidos en el año 2002 exija el cumplimiento de la Ley *Sarbanes Oxley*.

### d. Teoría del órgano: opción del sistema societario peruano

La teoría del órgano explica la participación del directorio de la sociedad sobre la base de considerar que éste forma parte de una estructura mayor denominada sociedad.

Como órgano social, el directorio cuenta con un aspecto objetivo cual es el conjunto de facultades y atribuciones que la ley y la propia sociedad vía el estatuto consagra para el desempeño de sus actividades dentro de una estructura mayor a la que se ha convenido denominar sociedad. Por otro lado, es necesario tener en consideración los caracteres subjetivos que se encuentran representados fundamentalmente por el componente personal que configura a sus miembros.

En tal sentido, la teoría del órgano establece que a diferencia de los representantes, los directores, no expresan su propia voluntad sino que por el contrario son portadores de la voluntad de la persona jurídica. Nótese que lo señalado en el párrafo precedente guarda relación con la incapacidad de la persona moral o jurídica de crear ella misma sus propias decisiones, y son por ello, los “órganos” que la conforman los encargados de crear la voluntad de tal persona. La teoría del órgano pone de relieve un aspecto no anotado por las teorías previamente reseñadas que se refiere al carácter independiente del directorio, por las personas que los forman. Así, producido un cambio respecto de los dueños de la sociedad, el directorio no altera en lo más mínimo su función y poderes atribuidos por la ley o el estatuto social. A diferencia del mandato o del fideicomiso, cuyos alcances están determinados discrecionalmente por el mandatario o constituyente de la fiducia, el directorio por lo general encuentra sus facultades en virtud de la voluntad social expresada por la junta de accionistas o en virtud de lo dispuesto de forma expresa por el ordenamiento legal. No obstante lo señalado, es pertinente tener en consideración que nuestra legislación societaria se ha adscrito a la teoría del órgano. Así, el artículo 153<sup>99</sup> de la LGS establece que “el directorio es un órgano colegiado elegido por la junta general”. Como se puede apreciar, nuestra legislación asume esta posición entendiendo que el directorio es un órgano que

forma parte de una estructura mayor y más compleja, la Sociedad.

Sobre **la estructura del directorio**, en nuestro sistema societario la configuración del directorio está dada por lo señalado en la Ley General de Sociedades, la cual en el artículo 155 señala que es en el estatuto social donde se determina el número de directores, que van desde la posibilidad de un número fijo o un número máximo y mínimo de directores, pero que en ningún caso son menos de tres.

Por la práctica sabemos, que un directorio si tiene número excesivo de directores que no corresponde a la realidad de la empresa, es ineficiente, hay inasistencia, es difícil reunirlos, no hay mucho interés en informarse sobre la sociedad, siendo la tendencia el reducir el número de directores. Generalmente en las sociedades cotizadoras tienen entre 6 a 9 miembros, solo en empresas de gran envergadura como por ejemplo Backus, Telefónica o Southern Perú, etc, el número de directores es entre 12 a 15 estando la facultad de reducir directores solo en la decisión de la junta de Accionistas según el Art. 155 LGS.<sup>100</sup>

## **1.2. Teorías sobre el interés al que se debe el director.**

Habiendo revisado la trascendencia que posee el órgano societario directorio, se presenta también trascendentalmente para el trabajo, analizar y conocer cual es el interés al

<sup>99</sup>Artículo 153 de la LGS, “Cuando una o más clases tengan derecho a elegir a un determinado número de directores, la elección de dichos directores se hará en junta especial”.

<sup>100</sup> Artículo 155, segundo párrafo, de la LGS, “... cuando el número es variable, la junta general, antes de la elección, debe resolver sobre el número de directores a elegirse para el periodo correspondiente”.



que el director debe cautelar y es el que regirá como objetivo de su actuar, ya que el artículo 180 de la LGS señala que “ los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados...”, entonces nos preguntamos ¿cuál es el interés social al que se debe el director y dirige sus acuerdos ?

### **Las Teorías sobre los tipos de interés**

El conceptualizar al interés social implica revisar varias teorías:

#### **- La teoría traspersonalista (origen alemán)**

Dada por Ratjenau; teoría de naturaleza económica, donde la empresa es una organización económica, es comunidad de trabajo, donde se ubican empresarios y trabajadores y es la empresa entidad autónoma en la que se subsume pluralidad de intereses entre ellos la del Estado. Consideran al accionista individual un enemigo social y que por su ánimo de lucro sacrifica el interés general, encontrándose siempre en contraposición con sus intereses personales.

El interés social es el interés de la empresa, confiada al grupo administrador, siendo la sociedad anónima una depositaria más de los intereses del Estado. La sociedad anónima es la típica empresa donde confluyen trabajadores, consumidores y el interés nacional.

Posee un tendencia a sustraer de los socios el control de la sociedad para darlo a los administradores estables e independientes.

#### **- Teoría supraindividualista ( origen francés)**

Atribuye a la sociedad un interés social diferente y superior al de los socios, cuyos derechos sociales importan. El interés, es el interés superior y autónomo de la empresa en su propia vida, así el interés social subsume interés social, económico y públicos.

#### **- Teoría institucionalista**

El interés social es el que mantiene a la empresa, a la institución, en él se sumergen los intereses de los diferentes sujetos que se relacionan con la empresa socios, trabajadores, acreedores, consumidores, administradores, etc.

Una forma en que se manifiesta esta teoría, es haciendo participar a los trabajadores en la adopción de medidas de control para garantizar los intereses .“Atribuye una responsabilidad ético-social con que el management ejerce sus funciones y su control. Esta tesis esta pensada para la “big corporation”.<sup>(11)</sup>

#### **- Teoría contractualista**

Es la doctrina más extendida en la doctrina mercantilista; identifican interés social con interés común de los socios, es decir es el interés que los ha llevado a participar en el **Contrato social**.

“No acepta un interés social superior y diferente del de los socios, la sociedad es una fórmula jurídica-organizativa apta para satisfacer intereses individuales y comunes a una pluralidad de personas. Es el interés de los socios que por su actividad social haya el mayor lucro posible”<sup>(12)</sup>.

<sup>(11)</sup> Mónica G.C. de Roimisen “ El Interés Social en las sociedades”. Pág. 14. Ediciones Depalma Buenos Aires. 1979 . Talcahuano.

<sup>(12)</sup> Ibid.

El entrapamiento en esta teoría es saber ¿cuáles son los elementos comunes entre socios para llegar al interés social? Y ¿habrá un solo tipo de interés entre socios? ¿Solo importa el interés de los actuales socios o de los futuros socios?

Estas preguntas la doctrina no responde claramente, sino que las ha dejado abiertas.

## 2. EL INTERÉS SOCIAL Y EL INTERÉS DEL DIRECTOR. RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA (RSE)

El interés social en nuestro sistema jurídico societario responde a la teoría contractualista, a ello Galgano opina que partiendo del contrato de sociedad, toda sociedad tiene pluralidad de intereses de los socios coordinados entre sí que pueden calificarse como sociales, y se puede distinguir fases en el interés social, como son:

- a) El interés social preliminar: es el interés para que el patrimonio social sea utilizado en el objeto de la sociedad.
- b) interés social intermedio: es el interés a que el objeto social esté dirigida a obtener beneficios.
- c) interés social final: es el interés a que los beneficios sean repartidos entre los socios.

No existe para este autor un único interés social, sino pluralidad de intereses sociales de los socios que son todos aquellos que se pueden reconducir al contrato de sociedad.

Aun las teorías contractualistas reconocen “trazos institucionalistas” sobre todo en las medidas de control que se adoptan en las grandes sociedades cotizadas. No existe razón para solo creer que el interés social sea solo suma de intereses individuales de los socios o solo buscar el valor más alto para los títulos de participación social.

Incluso maximizar beneficios no solo posee una fórmula infalible, ya que hay que buscarlo de distintas formas si es a mediano o largo plazo.

Entonces son intereses sociales, todos los que están dentro contrato social y son intereses extrasociales los que están afuera.

Si hay conflicto de intereses no hay duda que si alguno de ellos es extrasocial, se prefiere a los sociales.

Polo Sánchez ante la colisión de interés sociales y extrasociales, conocidos como conflictos de interés dice la característica de los conflictos de interés en sentido técnico y la impugnación de acuerdos lesivos, son “mecanismos de tutela directa y preferente del interés social “y “postergación y subordinación de los intereses extrasociales”.

Interés social = Interés común de los socios

O

Interés social = la suma de intereses particulares de los socios para obtener máximo beneficio repartible.



Si el conflicto es entre intereses que todos son intrasociales, el principio mayoritario es el que decide cual de ellos prevalecerá.

El interés social se forma por la reunión de intereses diversos que dan lugar a un interés superior y encuentran satisfacción en la administración social

El tema de nuestro artículo, pues, tiende a “algo”, a una finalidad, sin duda es proteger el interés social, siguiendo conceptos de nuestra tradición jurídica, lo veíamos en el artículo 180 de nuestra Ley General de Sociedades, pero entonces volvemos a la pregunta ¿cuál es el interés social a proteger por el director?, pues el concepto interés social vemos es un concepto sumamente difícil de precisar y en términos de Galgano es incluso “mutable”.

Se plantea hoy en el debate, si los administradores además del interés de los accionistas, deben procurar la satisfacción de otros intereses como de los trabajadores, de la comunidad en la que se encuentran, el de sus clientes, proveedores, etc. lo que en el BGC, se le denomina como stakeholders, pues ¿son todos esos intereses el interés social?.

Incluso las prácticas de BGC en muchos de los informes europeos revisados, señalan que el interés social debe entenderse como maximizar el valor de la empresa, y deja de lado conceptos que creemos gaseosos como el de interés social que posee nuestra tradición jurídica. Viendo esto desde la teoría de la agencia, la tendencia de todo individuo es maximizar ganancias con su comportamiento, por el comportamiento de racionalidad económica per se, pues entonces el Agente ( Director)

puede llegar en ciertos casos a conflictos de interés en dos grados :

Interés del agente (director) versus interés del principal ( accionistas).

Interés del agente ( director) versus interés del principal ( sociedad).

Siendo así el interés del director no es distinto al que le indica el interés social. Ese es el deber ser. Pero el artículo 180 de la LGS nos denota que hay circunstancias en las que el director puede actuar, comportarse y tomar acuerdos en el directorio de acuerdo no al interés social, sino a su propio interés llamado conflicto de interés, que es totalmente rechazado por la doctrina y la legislación

El interés del director y la responsabilidad social de la empresa (RSE) es de considerar que el Dr. Carlos Torres Morales señala que el Director tiene como interés el concretar el objeto social, por tanto todas las operaciones o negocios lícitos que realiza dentro de sus funciones son para realizar el fin social, así un director desleal, negligente o doloso en su accionar puede causar daños graves a la sociedad, pero también a los socios y a los terceros. Los actos que realiza el agente implica que sea conciente que los mismos le acarrearán responsabilidad y que esta debe ser muy rigurosa, ya que en el director se deposita la confianza de los socios, cuya única actuación – la de los socios- es esporádica a través de una junta y que por su naturaleza no tiene mecanismos ágiles para una fiscalización efectiva de los administradores.

El interés del director debe estar inspirado y concretarlo en razón de la responsabilidad social de la empresa (RSE).



Creemos que el Interés Social que debe ser acorde al interés del director en la empresa, no va desligado del nuevo - desde la década del noventa- concepto para conducir a las mismas, la responsabilidad social empresarial ( RSE).

Esta concepción buscó integrar a los objetivos tradicionales de todas las empresas ( de incrementar la productividad y utilidades) con una preocupación por desarrollar políticas que repercutan en forma positiva en la sociedad.

Hoy, como muchos estudios lo revelan, muchas empresas desarrollan actividades en todo el país bajo políticas de responsabilidad social, entendiendo quizá que los problemas sociales pueden amenazar la vida de la propia empresa.

Señala el Dr. Baltasar Caravedo que “ la RSE es una filosofía y una forma de gerenciar las empresas, es una concepción que debieran hacer las empresas en el contexto actual, y es una práctica que no se limita al solo hecho de hacer utilidades aunque esta motivación no esta de ningún modo ausente. La RSE es una concepción y es una practica nueva.”<sup>(13)</sup>

“Fundamentalmente la RSE suele estar vinculada a la forma en que las empresas se relacionan con su entorno, tanto interno (órganos societarios, trabajadores) como externo (medio ambiente, comunidades, consumidores y diferentes actores sociales involucrados), de esta forma podemos sostener que la RSE esta básicamente referida a una forma

de actuar de las empresas, a una filosofía de actuación y posicionamiento en el mercado y en su entorno en general.”<sup>(14)</sup>

Así la RSE propende a un nuevo “ modo de producir” una forma de integrar las inquietudes empresariales de utilidad y ganancia con las aspiraciones y expectativas sociales, ambientales y humanas de los trabajadores y el resto de la sociedad y producir una nueva percepción que ayuda al cercamiento de los distintos fragmentos sociales, grupos con necesidades particulares, trabajadores y familias, los proveedores, los consumidores o usuarios, la comunidad en la cual se asienta la empresa, el medio financiero interno y externo, los gobiernos locales y nacional, la sociedad toda y finalmente el planeta.

Siendo la realidad peruana una vida cotidiana construida en base a fragmentaciones, la inexistencia del otro, el autoritarismo, la falta de un rumbo político, deslegitimación en la representación, la violencia, la falta de confianza en prácticas éticas, la expansión de la RSE puede ser un eje de transformar nuestra sociedad.

Considero entonces que la responsabilidad del director ya no es solo su compromiso a responder a los intereses “tradicionales” de los accionistas, como nos conceptualizaba antes Galgano, sino a ampliar a otros “grupos de interés” porque estos afectan y son afectados por la empresa, lo que el BGC denomina los stakeholders.

<sup>(13)</sup> Baltasar Caravedo, Mesa Redonda “ La Responsabilidad Social de la Empresa”, Canal N, 10.01. 2005

<sup>(14)</sup>Parodi Beatriz, Mesa Redonda “ La Responsabilidad Social de la Empresa”, Canal N, 10.01. 2005

La RSE es un tema en formación en el Perú como lo es las prácticas del buen gobierno corporativo, que deben ser integrado a la actuación de las empresas en sumatoria, quizá son las grandes empresas en nuestro medio ( a la fecha las empresas que sí poseen experiencias en la aplicación, desarrollo y resultados de proyectos de RSE son Yanacocha, Antamina, Buenaventura, el Grupo Santander, Atocongo-Cementos Lima, Backus en trabajos coordinados con la ONG Asociación Perú 2021) las que están más sensibilizadas y ponen en práctica las mismas, pero el gran sector de la mediana y pequeña empresa es el gran reto por cubrir, pues el Estado y los particulares ambos son igualmente responsables de patrocinar la promoción de las prácticas socialmente responsables.

Si bien es cierto lo ideal es que las empresas se autorregulen para que ello ocurra debe existir un compromiso muy alto, y una autoexigencia genuina por parte de los directorios y gerencias, eso lo vemos claramente en como son los primeros análisis de la autoevaluación realizada por las empresas peruanas respecto a su cumplimiento en practicas de buen gobierno corporativo del año 2004 realizado por CONASEV.

La RSE abraza al nuevo concepto de interés social, por ello no pretendo con lo antes referido creer que el sector empresarial brinde soluciones a los problemas nacionales, ni que sustituya al Estado en la ejecución de sus deberes, tampoco crear un clima antimercado en perjuicio de las grandes empresas, pero sí que asuma un compromiso y utilizando las herramientas de gestión empresarial que con-

tribuyan en la búsqueda de soluciones para evitar una escalada de conflictos.

Así creemos que un debido cumplimiento de los deberes del director forma parte de una buena práctica de gobierno corporativo, que a su vez, el buen gobierno corporativo va paralelo a una política integral de responsabilidad social del eempresariado, donde lo que debe trascender son las acciones y procesos dentro y fuera de la empresa que no pueden ser sustituidas solo por declaraciones.

### 3. EL DIRECTORIO DESDE EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO (BGC)

El origen de las prácticas de buen gobierno corporativo, para el autor José Trujillo, es que el BGC se originó con la idea de la empresa moderna, y ha ido evolucionando el mismo abarcando el diseño de la organización y según la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) tiene que ver con los medios internos por los cuales las corporaciones son operadas y controladas, siendo el objetivo de las prácticas de buen gobierno, el dotar a las sociedades de mayor transparencia originalmente fue pensado para las sociedades que cotizan en bolsa, buscando proteger a los inversionistas, pero se recomienda su aplicación a todas las Cías.

Desde su primer antecedente normativo en diciembre de 1992, en Reino Unido, el primer código de buen gobierno corporativo fue denominado Código Cadbury, elaborado por Sir Cadbury por encargo de la Bolsa de Londres, quien utilizó en la terminología inglesa a las prácticas de buen gobierno corporativo, "*Corporate Governance*". Siendo el



informe Cadbury un documento con más de 10 años (1993) ya nos decía que el “gobierno corporativo es el sistema mediante el cual se dirigen y controlan las sociedades” lo cual hoy en nuestro sistema jurídico peruano se esta tratando de afianzar ante una tendencia de algunos de verlo como moda y de otros de considerarlo seriamente dentro de sus políticas de desarrollo.

A partir de entonces, muchos países han buscado dicha transparencia a través de códigos de buen gobierno como USA, España, Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, México Portugal, Brasil, Chile, Colombia ,entre muchos mas.

La OCDE en mayo de 1999 en la Cumbre de Ministros, aprobó los principios para el gobierno de las sociedades, los mismos que hoy son referencia obligada.

En Perú, una comisión bajo la presidencia de la CONASEV, integrándose por la BVL (Bolsa de Valores de Lima), el Ministerio de Economía y Finanzas, la Superintendencia de Banca y Seguros, ASBANC, CONFIEP, PRO-CAPITALES, y el Centro de Estudios de mercados de capitales y financieros (MC&F) trabajaron los principios de buen gobierno para las sociedades peruanas en el mes de julio del 2002, inspirándose en los principios de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en su versión del mes abril de 1999, (cabe mencionar que las mismas poseen una nueva versión que son del año 2004). Así también hay que mencionar que la CONASEV ha hecho modificaciones el año 2005, a la forma de autoevaluarse sobre buen gobierno a las empresas peruanas.

Hoy nos encontramos ante un concepto de gobierno corporativo como reglas que señalan como administrar transparente y éticamente a la empresa.

Cabe mencionar que las prácticas de buen gobierno corporativo y el Derecho Societario no es lo mismo, el primero incluye aspectos no jurídicos que se traducen en Códigos de Conducta Voluntarios que son externos (extrínsecos de la sociedad), mientras que el derecho societario regula la administración, la organización interna de la sociedad, cotice esta o no en bolsa.

Es importante resaltar una comparación que siempre se hace entre buen gobierno corporativo y la Ley General Sociedades Peruana, en la búsqueda de determinar si la segunda cumpla lo que señala la primera, la conclusión es que hay división de opiniones, por citar algunos casos, mientras el Dr. Oswaldo Hundskopf opina que sí se cumple a cabalidad, mientras que el Dr. Julio Salas opina que no, y que es necesaria una modificación de la LGS.

No obstante, el gobierno corporativo tiene una parte trascendente que aporta en el Derecho Societario, ya que el gobierno corporativo aborda i) aspectos no jurídicos y ii) aspectos de derecho societario, así la interrelación de avance conceptual y normativo en ambos campos hará variar a ambos y tendrán un desarrollo en paralelo, pues es en ese sentido, sobre el tema de investigación, somos de la opinión que al directorio se le esta pidiendo en el BGC un nuevo rol, en razona aunque el BGC es un plus al derecho societario para maximizar el valor de la empresa.



### 3.1 ¿Qué son la prácticas de un buen gobierno corporativo?

Señala el Dr. Oswaldo Hundskopf “Las prácticas de buen gobierno corporativo (BGC) son políticas generales que adoptan los entes societarios a fin de obtener mayor transparencia, credibilidad, y valor ante posibles inversionistas. Estas políticas nacieron como una solución eficaz frente a los defectos que encontramos en las empresas de accionariado difundido, como consecuencia de la separación de interés entre los grupos de gestión y de propiedad (relaciones de agencia). El BGC propone adoptar medidas que corrijan las distorsiones generadas por la divergencia de interés de los accionistas y los administradores. Entre dichas medidas correctivas, se encuentran medidas referidas a los derechos y obligaciones de los accionistas, la elección de directores y puestos gerenciales, mecanismos de acceso a la información societaria, la delimitación exacta de las funciones del directorio y los gerentes y la elaboración de esquemas claros de crecimiento”

Sid Cadbury señalaba sobre la importancia de los principios, modelos de conducta y recomendaciones de buen gobierno en las sociedades,:

“Todos deberíamos estar de acuerdo en la importancia de alcanzar y mantener los estándares de conducta corporativa. Para cualquier compañía cuyo objetivo sea construir su negocio, su reputación de comportamiento ético es de suma importancia. Al tiempo que los negocios llegan a ser más internacionales, las com-

pañías son menos capaces de basarse en el contacto personal y, entonces, la reputación adquiere todavía un papel más importante. Sociedades conjuntas y operaciones financieras se construyen sobre la base de la confianza y esta es la base sobre la que las grandes compañías ganan clientes y los mantienen.

Así los estándares éticos importan a las compañías y a los países. En un mundo de mercados globales, intercambios y dinero fluirán a aquellos centros financieros y comerciales que tengan reputación de apertura, transparencia, e integridad. Alcanzar estándares elevados de gobierno de la sociedades que es tanto el propósito del código español como de otros, es un medio que nos lleva a ese objetivo.”<sup>(15)</sup>

Pues bien, las prácticas de buen gobierno ingresan en nuestro sistema jurídico y económico en un entorno que ya no es como mencionábamos al iniciar el trabajo de apertura de nuestros mercados, la mayoría de las principales empresas peruanas se caracterizaron por concentrar su estructura accionaria y manejo gerencial en manos de grupos familiares, esto se traducía en un marco legal societario preocupado únicamente en regular sociedades anónimas cerradas, en ese entorno, no era necesario introducir mecanismos de control de la gerencia, de protección al accionista minoritario, ni de información al inversor, no era reconocido la necesidad de promocionar las prácticas de buen gobierno corporativo, esto ha cambiado, se privatizaron empresas estatales, se liberalizó el mercado, se reformó la Constitución, señalando la inviolabilidad

<sup>(15)</sup> Citado por Carlos Rabanal Sobrino, en “Estados Financieros “confiables” y algunas recomendaciones de mejores prácticas de Gobierno Corporativo”. Artículo en Revista Peruana de Derecho de la Empresa N° 54, Pág. 134, julio, 2002, a su vez cita de Borrego Rodríguez, Ángel y Frances Pedro en “ El Gobierno de las sociedades cotizadas en España” Pág. 4. Papeles de Ética, Economía y Dirección, N° 5 2000.

de la propiedad privada, blindó la autonomía del Banco Central y la SBS, se creó el Sistema Privado de Pensiones entre tantos puntos importantes, tenemos un marco en el que existe SAA y que han creado que sí hayan varios interés por proteger entre los mas afectados el del minoritario, el cual debe verse reflejado en la labor del directorio y de allí que sea un punto que al BGC le preocupe desde la perspectiva de los deberes del director.

Siendo así, recordamos una cita del Dr. Javier Silva Ruete cuando era Ministro de Economía:

“... el marco legal societario debió adecuarse al nuevo perfil de empresa que se desenvuelve en una economía globalizada, es decir, a empresas que requieren abrir su capital a la inversión privada nacional y extranjera, y que para ello necesitan brindar niveles mínimos de control, protección e información al inversor y accionista minoritario. El conjunto de normas o prácticas del buen gobierno corporativo, involucran las relaciones entre el directorio, la gerencia, los accionistas y otros grupos de interés (acreedores, bonistas, por ejemplo). El objetivo es que el directorio y la gerencia actúen siempre en beneficio de los intereses de la empresa y de sus accionistas, y que se facilite el monitoreo efectivo por parte de éstos últimos, incentivándose el uso más eficiente de los recursos por parte de las empresas. El buen gobierno corporativo es un elemento esencial en la búsqueda

de eficiencia económica para todo mercado de valores.”<sup>(16)</sup>

El BGC otorga mayor protección de los intereses de los insiders (accionistas de control) y de los outsiders (accionistas minoritarios), lo cual genera mayor inversión, y maximiza el valor de la empresa que aplica el principio del buen gobierno corporativo.

Para el Dr. Hundskopf el BGC aborda principalmente los siguientes temas:

“Derechos de los accionistas minoritarios, función de los grupos de interés en las sociedades, comunicación y transparencia informativa, responsabilidad del directorio y gerencia, Transparencia en temas contables y en las inversiones.

El BGC quiere evitar: la contabilidad creativa, dirección orientada a maximizar inversiones y no utilidades, préstamos a funcionarios, posibles incompatibilidades de empresas auditoras, falta de transparencia en la información que se proyecta al mercado, información asimétrica, falta de diferencias entre gestores, asesores e inversionistas o accionistas, en perjuicio de los *stakeholders* o inversionistas sociales, los que directa o indirectamente tiene interés en la empresa.”<sup>(17)</sup>

Las prácticas de BGC son prácticas voluntarias, no impuestas, donde la autodeterminación y autorregulación es a lo que se apela. Los principios del BGC no son vinculantes, únicamente son recomendaciones, en todos los países en los que existe. Básicamente se

<sup>(16)</sup> Silva Ruete, Javier. Transcripción de las declaraciones del Ministro de Economía y Finanzas Palacio de Gobierno Lima, obtenido del portal del Ministerio de Economía y Finanzas, 25 de mayo del 2001.

<sup>(17)</sup> Hundskopf Exebio, Oswaldo, “ Compatibilización entre las prácticas de Buen Gobierno Corporativo y la Ley General de Sociedades” Revista Actualidad Jurídica N° 126 -Pág. 44, mayo 2004



señala que son de aplicación a las empresas privadas, pues en ellas recae la principal responsabilidad de la actuación responsable y transparente en el control y gobierno de la sociedad.

### 3.2 El rol del Estado ante la promoción de las prácticas de buen gobierno corporativo

Lo anteriormente mencionado no excluye al Estado, que “deben cumplir un papel central en cuanto a la constitución de un clima legal, institucional, y regulatorio en que se desarrollan los gobiernos corporativos e individuales.”<sup>(18)</sup>

El Estado debe tener un papel importante en la promoción de las prácticas de BGC en las empresas, por ello la CONASEV es la encargada de promocionarlas en protección del inversionista.

Así también, los países miembros de la OCDE, en mesas redondas sobre gobierno corporativo, ha trabajado el White Paper para Latinoamérica, estableciendo que las comisiones nacionales de valores son las que deben continuar jugando un rol cada vez más importante en la formulación, implementación y aplicación de las normas y reglamentos del gobierno corporativo.

En promoción a ello hay dos pilares de la forma como el Estado Peruano a través de CONASEV participa en la promoción del BGC: por la obligatoriedad y la forma de autoevaluación.

Sobre la obligatoriedad de los principios de buen gobierno corporativo para las empresas

peruanas que cotizan en bolsa, como concepto, el Estado puede tener o no un papel coercitivo respecto de estas normas de BGC, pues la CONASEV señaló en la Resolución Gerencia General 096-2003-EF/94.11 del 27.11.03, (que entró en vigencia el 1<sup>a</sup> de enero del 2005) que era obligatorio presentar la autoevaluación sobre BGC en la Memoria Anual del 2004, que físicamente se presentó en el 2005.

La opción del Estado Peruano si hubiese sido la coerción, es decir, que todas las empresas obligatoriamente deben adecuarse a todos los principios de BGC- dejando en claro que ya no serían por tanto principios- en opinión del Dr. Enrique Díaz, Presidente de MC&F “crearía distorsiones en el mercado, porque para el que califica a la empresa tendrá una ficción que dicha empresa está cumpliendo con BGC, pero que en realidad la empresa internamente no lo vera como valor agregado porque lo hará a regañadientes.”<sup>(19)</sup>

Las recomendaciones del BGC para empresas peruanas son tales “recomendaciones”, por ello “no obligatorias”, no son normas jurídicas de obligatorio cumplimiento. Pero opinamos, si uno se adhiere y luego incumple debe existir responsabilidad por ello.

El principio “cumple o explica” que existe en el sistema español implica comunicar si se siguen ellas o no y si no se sigue habiendo la sociedad adoptado los principios, debe explicar la razón porque no lo hace este principio sería conveniente incorporarlo en las recomendaciones del BGC Peruano.

<sup>18</sup> SALAS S. Julio, “ Los Principios de Buen Gobierno Corporativo y su aplicación en el Perú” ponencia en Seminario sobre Buen Gobierno Corporativo, organizado por Centro de Estudios de mercado de capitales y financiero, Lima, el 5 de febrero del 2003, Perú.

<sup>19</sup> BUSSINESS, Revista mes junio 2005, Informe Especial “ Gobierno Corporativo”, Pág. 17. Lima-Perú.



### Sobre la Autoevaluación

Siempre es discutible, ya que la empresa difícilmente va a ser objetiva consigo misma, hay allí un conflicto de intereses, entonces creemos que falta que el Estado allí participe de una forma más drástica. Estamos de acuerdo que la autoevaluación del año 2004 y presentada en el año 2005 no conlleve a sanciones, pero creo que el sistema debe tener premios y castigos.

### CONCLUSIONES

Podemos advertir que el BGC es un plus al Derecho Societario que entre sus muchos temas, regula al órgano societario, directorio, de acuerdo con la teoría del órgano, no obstante el rol de profesionalidad que brinda a la sociedad el directorio, según las normas del BGC deben estar inspiradas de un mayor realce en las funciones de supervisión y control y por tanto, los intereses contrarios que podría tener el director frente a los de la sociedad

**Cuadro N° 1**

EMPRESAS QUE HAN COMUNICADO A LA BVL SU ADHESIÓN A LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

- |  |  |
|--|--|
| . Agroindustria San Jacinto  | . El Pacífico Peruano Suiza                          |
| . Altas Cumbres Compañía Seguros<br>Compañía de Seguros y Reaseguros | Compañía de Seguros y Reaseguros                     |
| . BBVA Banco Continental<br>Empresa de Generación Termoeléctrica     | . Empresa de Generación Termoeléctrica<br>Ventanilla |
| . Banco de Crédito del Perú  | . Empresa Electrica de Piura                         |
| . Banco Wiese Sudameris  | . Ferreyros  |
| . Cemeento Pacasmayo   | . Graña y Montero                                    |
| . Compañía de Minas Buenaventura                                     | . Inversiones Pacasmayo                              |
| . Compañía Minera Arcata   | . Lima Sudameris Holding                             |
| . Continental Sociedad Titulizadora                                  | Mibanco  |
| . EDEGEL   | . Telefónica del Perú                                |
| . EDELNOR  | . Unión Cervecerías Peruanas<br>Backus y Johnston    |

**Fuente:** Bolsa de Valores de Lima - Año 2005

pues siempre deben primar el interés social, el cual es muy difícil determinarlo, por ello las políticas de responsabilidad social del empresario las identifican con responsabilidades que posee el empresario con su entorno, a lo cual hay mucho debate hasta que punto la empresa debe ser promotora de cambios en su entorno, pues soy de la opinión que estamos en un momento de aprendizaje en nuestro país sobre lo importante que son las prácticas de BGC los cuales traen mayor valor a la

empresa y por consecuencia mayor valor de sus acciones a los accionistas, siendo así, es importante que el directorio se profesionalice como propone el BGC, el mercado cada vez más exige que haya una suerte de certificado empresarial de BGC en el que se comprometa el empresario a cumplir normas de transparencia y ética, lo cual será como un ISO de Calidad de aquí a unos pocos años, constituyéndose en un requisito para seguir sobreviviendo y creciendo la empresa en el mercado.





Indios vendiendo fruta.