



## LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO

**Gladis Adelaida Alarcón Valencia**

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



UNIVERSITAT  
ROVIRA i VIRGILI



## **LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO**

---

**Gladis Adelaida Alarcón Valencia**



**TESIS DOCTORAL  
2019**

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO

Gladis Adelaida Alarcón Valencia

Gladis Adelaida Alarcón Valencia

**LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR  
EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO  
EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO**

**TESIS DOCTORAL**

Dirigida por la Dra. Paola Nicolhe Rodas Paredes



UNIVERSITAT  
ROVIRA I VIRGILI

**Tarragona  
2019**

logotip URV

FAIG CONSTAR que aquest treball, titulat “.La necesidad de implementar el buen gobierno corporativo en el Derecho societario ecuatoriano.”, que presenta GLADIS ADELAIDA ALARCÓN VALENCIA.. per a l’obtenció del títol de Doctor, ha estat realitzat sota la meva direcció al Departament ...de Derecho Privado, Procesal y Financiero.. d’aquesta universitat.

---

HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado “.La necesidad de implementar el buen gobierno corporativo en el Derecho societario ecuatoriano.”, que presenta ... GLADIS ADELAIDA ALARCÓN VALENCIA. para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero. de esta universidad.

---

I STATE that the present study, entitled “.La necesidad de implementar el buen gobierno corporativo en el Derecho societario ecuatoriano.”, presented by GLADIS ADELAIDA ALARCÓN VALENCIA for the award of the degree of Doctor, has been carried out under my supervision at the Department of Private, Procedural and Financial Law of this university.

---

En Tarragona, a 2 de diciembre, 2019

El/s director/s de la tesi doctoral  
El/los director/es de la tesis doctoral  
Doctoral Thesis Supervisor/s

[signatura]  
Paola N. Rodas Paredes

Firmado digitalmente por Paola N. Rodas Paredes  
Nombre de reconocimiento (DN): cn=Paola N. Rodas Paredes, o=Universidad Nebrija, ou=Departamento de Derecho, email=paola.rodasp@outlook.com, c=ES  
Fecha: 2019.12.02 13:34:00 +01'00'

Paola Rodas Paredes

## **AGRADECIMIENTOS**

Dedico el presente trabajo investigativo a Dios, quien inspiró mi camino, no solo guiándome, sino dándome fuerzas para continuar con la elaboración y culminación de esta tesis doctoral.

A mi amada familia, quien siempre me ha apoyado con su manto de amor y confianza. A mi compañero de vida, mi amado cónyuge, atento e incondicional, a mis adorados hijos que son mi inspiración divina ilimitada.

Agradezco en grado sumo a la Dra. Paola Rodas Paredes quien me ha guiado, orientado y apoyado en el desarrollo de esta tesis con mucha dedicación, sapiencia y motivación y a la Universitat Rovira i Virgili quien me brindó la oportunidad de escalar un peldaño más de mejoramiento académico y profesional.

A todos ellos les agradezco desde el fondo de mi alma. Para todos ellos hago esta dedicatoria.

## RESUMEN

La economía mundial, caracterizada por la globalización, genera en las compañías la necesidad de implementar buenas prácticas de gobierno corporativo (GC), con el fin de obtener ganancias a corto y largo plazo, dentro de un marco legal y de criterios de gobernanza asumidos voluntariamente. Este es el escenario actual en el que se realizan sus actividades las sociedades mercantiles ecuatorianas, que no cuentan con lineamientos claros y precisos sobre GC, como sí la poseen las compañías de otros países, principalmente de la Unión Europea y de EE.UU.

La presente tesis doctoral se centró en la necesidad de que el derecho societario ecuatoriano acoja la normativa y principios de gobierno corporativo (GC) y que las sociedades mercantiles ecuatorianas lo asuman voluntariamente.

El GC es un sistema de principios y normas internas y externas que promuevan el buen desempeño de una corporación, sin que se perjudique el patrimonio de sus propietarios, y a las funciones de sus administradores, optimizando el desempeño de la compañía, incrementando las inversiones y su eficiencia en el mercado de capitales. En el siglo XX, el GC cobra especial interés no sólo por el mayor crecimiento del mercado de capitales de las compañías de algunos países, sino también como mecanismo que intenta evitar crisis corporativas, como los escándalos corporativos y bancarios del siglo pasado. Al respecto, para Ecuador tiene especial importancia las propuestas de GC de la Organización para la Corporación y el Desarrollo Económicos (OCDE), de la Corporación Andina de Fomento, y de la Bolsa de Valores de Quito y de Guayaquil.

En este sentido, la presente investigación pretendió: 1) Identificar las teorías del GC más relevantes e influyentes en las sociedades de capital, desde el punto de vista internacional, regional y nacional; 2) Describir los modelos actuales del GC que se aplican en todas las sociedades de capital; 3) Exponer la naturaleza y principios del GC y su aplicación en la estructura y gestión de las sociedades de capital, en relación con el trato igualitario de los accionistas, la Junta General de Accionistas, la directiva, los terceros, resolución de conflictos y el ente de control; 4) Analizar la normativa societaria internacional, regional y local relacionada con el GC; y, 5) Presentar recomendaciones para la implementación del GC en las sociedades mercantiles ecuatorianas.



Por ello, se analiza en el Capítulo I, “El buen gobierno corporativo: marco teórico”, las teorías, modelos, objetivos, principios y estándares del buen GC propuesto por los organismos internacionales; en el Capítulo II, “Las sociedades mercantiles y el gobierno corporativo” , una panorámica de lo que es una sociedad mercantil y su accionar, en relación al GC; en el Capítulo III, “Análisis de derecho comparado de la aplicación práctica de los principios de gobierno corporativo”, el análisis de las legislaciones internacionales y regionales relacionadas con las buenas prácticas de GC; en el Capítulo IV, “Marco Legal”, se expone el desarrollo histórico normativo del GC en el Ecuador; y, en el Capítulo V, “La necesidad de implementación de gobierno corporativo en el Ecuador para las sociedades de capital”, se describió la problemática de las sociedades de capital en el Ecuador y se expusieron criterios de gobierno corporativo a implementarse en las sociedades de capital de las compañías ecuatorianas.

## **ABSTRACT**

The global economy, characterized by globalization, generates in companies the need to implement good corporate governance (GC) practices, in order to obtain short and long-term gains, within a legal framework and voluntarily assumed governance criteria. This is the current scenario in which Ecuadorian mercantile societies are carried out, which do not have clear and precise guidelines on GC, as do companies in other countries, mainly in the European Union and the US.

This doctoral thesis focuses on the need for Ecuadorian corporate law to embrace the rules and principles of corporate governance (GC) and that Ecuadorian commercial companies voluntarily assume it.

The GC is a system of internal and external principles and norms that promote the good performance of a corporation, without damaging the assets of its owners, and the functions of its administrators, optimizing the company's performance, increasing investments and its efficiency in the capital market. In the twentieth century, the GC takes special interest not only for the greater growth of the capital market of companies in some countries, but also as a mechanism that tries to avoid corporate crises, such as the corporate and banking scandals of the last century. In this regard, the proposals of GC of the Organization for Economic Corporation and Development (OECD), of the Andean Development Corporation, and of the Stock Exchange of Quito and Guayaquil are of particular importance to our country.

Therefore, it is analyzed in Chapter I, "Good corporate governance: theoretical framework", the theories, models, objectives, principles and standards of the good GC proposed by international organizations; in Chapter II, "Mercantile societies and corporate governance", an overview of what a mercantile society is and its actions, in relation to the GC; in Chapter III, "Comparative law analysis of the practical application of corporate governance principles", the analysis of international and regional laws related to good GC practices; in Chapter IV, "Legal Framework", the normative historical development of the GC in Ecuador is presented; and, in Chapter V, "The need for the implementation of corporate governance in Ecuador for capital companies", the problem of capital companies in Ecuador is described and corporate governance criteria to be implemented in corporate societies are described capital of Ecuadorian companies.

## RESUM

L'economia mundial, caracteritzada per la globalització, genera en les companyies la necessitat d'implementar bones pràctiques de govern corporatiu (GC), amb la finalitat d'obtenir guanys a curt i llarg termini, dins d'un marc legal i de criteris de governança assumits voluntàriament. Aquest l'escenari actual en què es realitzen les seves activitats les societats mercantils equatorianes, que no compten amb directrius clars i precisos sobre GC, com sí la posseeixen les companyies d'altres països, principalment de la Unió Europea i dels EUA

La present tesi doctoral se centra en la necessitat que el dret societari equatorià aculli la normativa i principis de govern corporatiu (GC) i que les societats mercantils equatorianes l'assumeixin voluntàriament.

El GC és un sistema de principis i normes internes i externes que promoguin el bon acompliment d'una corporació, sense que es perjudiqui el patrimoni dels seus propietaris, ia les funcions dels seus administradors, optimitzant l'acompliment de la companyia, incrementant les inversions i la seva eficiència en el mercat de capitals. Al segle XX, el GC cobra especial interès no només pel major creixement de l'mercant de capitals de les companyies d'alguns països, sinó també com a mecanisme que intenta evitar crisis corporatives, com els escàndols corporatius i bancaris de el segle passat. A l'respecte, per al nostre país té especial importància les propostes de GC de l'Organització per a la Corporació i el Desenvolupament Econòmic (OCDE), de la Corporació Andina de Foment, i de la Borsa de Valors de Quito i de Guayaquil.

En aquest sentit, la present investigació pretén: 1) Identificar les teories de GC més rellevants i influents en les societats de capital, des del punt de vista internacional, regional i nacional; 2) Descriure els models actuals de GC que s'apliquen en totes les societats de capital; 3) Exposar la naturalesa i principis de GC i la seva aplicació en l'estructura i gestió de les societats de capital, en relació amb el tracte igualitari dels accionistes, la Junta General d'Accionistes, la directiva, els tercers, resolució de conflictes i el ens de control; 4) Analitzar la normativa societària internacional, regional i local relacionada amb el GC; i, 5) Presentar recomanacions per a la implementació de l'GC en les societats mercantils equatorianes.

Per això, s'analitza en el capítol I, "El bon govern corporatiu: marc teòric", les teories, models, objectius, principis i estàndards de la bona GC proposat pels organismes

internacionals; en el Capítol II, "Les societats mercantils i el govern corporatiu", una panoràmica del que és una societat mercantil i el seu accionar, en relació a l'GC; en el capítol III, "Anàlisi de dret comparat de l'aplicació pràctica dels principis de govern corporatiu", l'anàlisi de les legislacions internacionals i regionals relacionades amb les bones pràctiques de GC; en el capítol IV, "Marc Legal", s'exposa el desenvolupament històric normatiu de l'GC en l'Equador; i, en el Capítol V, "La necessitat d'implementació de govern corporatiu en l'equador per a les societats de capital", es descriu la problemàtica de les societats de capital en l'Equador i s'exposen criteris de govern corporatiu a implementar-se en les societats de capital de les companyies equatorianes.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO

Gladis Adelaida Alarcón Valencia

## INDICE DE CONTENIDO

ÍNDICE DE TABLAS .....	vi
ABREVIATURAS/SIGLAS .....	viii
INTRODUCCIÓN .....	1
PARTE 1. PRINCIPIOS GENERALES .....	9
CAPÍTULO I EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO: MARCO TEÓRICO....	9
1.1 ANTECEDENTES.....	9
1.2 TEORÍAS DE GOBIERNO CORPORATIVO .....	10
1.2.1 Teoría política.....	11
1.2.2 Teoría de las instituciones .....	12
1.2.3 Teoría del origen legal .....	12
1.2.4 Teoría clásica del mandato.....	13
1.2.5 Teoría del órgano .....	14
1.2.6 Teoría de los interesados o <i>Stakeholder</i> .....	14
1.2.7 Teoría del servidor o <i>Stewardship</i> .....	15
1.2.8 Teoría de la agencia.....	16
1.2.9 Teoría ecuatoriana .....	17
1.3 DEFINICIONES DE GOBIERNO CORPORATIVO .....	18
1.4 DESARROLLO HISTÓRICO DEL GOBIERNO CORPORATIVO.....	22
1.5 MODELOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO .....	29
1.5.1 Anglosajón.....	30
1.5.2 Alemán.....	31
1.5.3 Japonés .....	33
1.6 OBJETIVOS DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO.....	34
1.7 PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO .....	38
1.8 ESTÁNDARES DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO.....	43
1.9 ESTRUCTURA DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO .....	49
1.10 IMPORTANCIA DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO .....	53
CAPÍTULO II LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y EL GOBIERNO CORPORATIVO.....	59
2.1. ANTECEDENTES.....	59
2.2 DERECHOS Y DEBERES DE LOS SOCIOS O ACCIONISTAS .....	60
2.2.1 Derechos .....	61
2.2.2 Deberes .....	65

<b>2.3 TRATAMIENTO EQUITATIVO Y PROTECCIÓN A LOS SOCIOS O ACCIONISTAS</b> .....	67
<b>2.4 GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN</b> .....	71
<b>2.5 JUNTA GENERAL</b> .....	71
<b>2.5.1 Tipología</b> .....	72
<b>2.5.2 Proceso de conformación de la Junta</b> .....	73
<b>2.5.3 Funciones de la Junta General</b> .....	85
<b>2.5.4 Disposiciones adicionales</b> .....	87
<b>2.6 Estructura del directorio o junta directiva</b> .....	88
<b>2.6.1. Funciones y atribuciones del Directorio</b> .....	92
<b>2.6.2 Dimensiones y selección de miembros del Directorio</b> .....	97
<b>2.7 PROTOCOLO</b> .....	99
<b>2.8 ÓRGANOS DE CONTROL</b> .....	101
<b>2.9 RENDICIÓN DE CUENTAS</b> .....	104
<b>2.10 RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL</b> .....	106
<b>2.11 EL VALOR COMPARTIDO EN LA EMPRESA O SOCIEDAD MERCANTIL</b> .....	110
<b>2.12 RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS</b> .....	113
<b>2.12.1 Mediación</b> .....	113
<b>2.12.2 Arbitraje</b> .....	114
<b>2.12.3 Resolución ante un juez</b> .....	115
<b>CAPÍTULO III ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS PRINCIPIOS DE GOBIERNO CORPORATIVO</b> .....	123
<b>3.1 ANTECEDENTES</b> .....	123
<b>3.2 LOS ESTÁNDARES DEL GOBIERNO CORPORATIVO A NIVEL MUNDIAL</b> .....	125
<b>3.2.1 EL sistema de gobierno corporativo en EE.UU.</b> .....	125
<b>3.2.2 Introducción a los principios de gobierno corporativo de la OCDE</b> .....	127
<b>3.2.3 Gobierno Corporativo en España</b> .....	138
<b>3.3 EL GOBIERNO CORPORATIVO EN LATINOAMÉRICA</b> .....	146
<b>3.3.1. Código Andino de Gobierno Corporativo</b> .....	147
<b>3.3.2 Gobierno Corporativo en Argentina</b> .....	157
<b>3.3.3 Gobierno Corporativo en Colombia</b> .....	161
<b>3.3.4 Gobierno Corporativo del Perú</b> .....	165
<b>3.3.5 El Gobierno Corporativo en los demás países de la región</b> .....	169

<b>3.4 PRINCIPALES EFECTOS DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN A NIVEL REGIONAL Y GLOBAL .....</b>	<b>176</b>
<b>PARTE II APLICACIÓN ESPECÍFICA A LAS SOCIEDADES MERCANTILES ECUATORIANAS.....</b>	<b>179</b>
<b>CAPITULO IV MARCO LEGAL .....</b>	<b>179</b>
<b>4.1 EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA DE PROPUESTAS NORMATIVAS RELACIONADAS CON EL GOBIERNO CORPORATIVO .....</b>	<b>181</b>
<b>4.1.1 Normativa antes de la crisis financiera de 1999-2000 .....</b>	<b>181</b>
<b>4.1.2 Durante la implementación de los Lineamientos de Gobierno Corporativo de la OCDE en Ecuador .....</b>	<b>184</b>
<b>4.1.3 Después de la asunción del Código de Buen Gobierno Corporativo .....</b>	<b>197</b>
<b>4.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL: POSIBILIDAD DEL GOBIERNO CORPORATIVO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DE 2008</b>	<b>207</b>
<b>4.3 EL ART. 433 DE LA LEY DE COMPAÑÍAS Y EL BUEN GOBIERNO EN LAS COMPAÑÍAS CONTROLADAS.....</b>	<b>221</b>
<b>4.4 NECESIDAD, SEGÚN LA DOCTRINA, DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES CERRADAS....</b>	<b>228</b>
<b>CAPÍTULO V LA NECESIDAD DE IMPLEMENTACIÓN DE GOBIERNO CORPORATIVO EN EL ECUADOR PARA LAS SOCIEDADES DE CAPITAL .....</b>	<b>233</b>
<b>5.1 PROBLEMAS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL .....</b>	<b>234</b>
<b>5.1.1 Socios minoritarios .....</b>	<b>235</b>
<b>Abuso en las decisiones .....</b>	<b>235</b>
<b>Abusos respecto al derecho de información .....</b>	<b>237</b>
<b>Abuso en relación a las reformas al pacto social.....</b>	<b>238</b>
<b>Abuso en los procesos de fusión societaria y aumento de capital.....</b>	<b>238</b>
<b>Abuso en la disolución y liquidación de la sociedad .....</b>	<b>239</b>
<b>5.1.2 Junta General de Accionistas .....</b>	<b>239</b>
<b>5.1.3 La directiva .....</b>	<b>240</b>
<b>5.1.4 Mecanismos de resolución de conflictos.....</b>	<b>242</b>
<b>5.1.5 Relación entre accionistas y grupos de interés.....</b>	<b>243</b>
<b>5.1.6 Relación con el ente de control.....</b>	<b>244</b>
<b>5.2 PROPUESTA ANTE LAS NECESIDADES SOCIETARIAS PARA IMPLEMENTAR EL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL .....</b>	<b>244</b>
<b>5.3 MAYOR PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS MINORITARIOS .....</b>	<b>246</b>



<b>5.4 LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS COMO VERDADERO ÓRGANO DE GOBIERNO Y CONTROL EFECTIVO.....</b>	<b>248</b>
<b>5.4.1 Atribuciones.....</b>	<b>249</b>
<b>5.4.2 Convocatoria.....</b>	<b>249</b>
<b>5.4.3 Acceso a la información del contenido de la convocatoria.....</b>	<b>251</b>
<b>5.4.4 Ejercicio del voto .....</b>	<b>251</b>
<b>5.4.5 Solución de conflictos.....</b>	<b>253</b>
<b>5.6 FORTALECIMIENTO DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS DIRECTORIOS.....</b>	<b>254</b>
<b>5.6.1 Naturaleza del directorio.....</b>	<b>254</b>
<b>5.6.2 Funciones o competencias generales y específicas .....</b>	<b>254</b>
<b>5.6.3 Clases .....</b>	<b>256</b>
<b>5.6.4 Composición, tamaño, y estructura.....</b>	<b>257</b>
<b>5.6.5 Gobierno del directorio.....</b>	<b>260</b>
<b>5.6.6 Comités del directorio.....</b>	<b>260</b>
<b>5.6.7 Estatuto y Código de Ética .....</b>	<b>263</b>
<b>5.7 ALTERNATIVAS REALES DE SOLUCIÓN PERMANENTE A CONFLICTOS.....</b>	<b>264</b>
<b>5.8 MEJORAMIENTO DE LAS RELACIONES CON LAS PARTES VINCULADAS.....</b>	<b>267</b>
<b>5.8.1 Operaciones de mercado.....</b>	<b>268</b>
<b>5.8.2 Competencia mercantil de los directores contra la compañía.....</b>	<b>269</b>
<b>5.9 OPTIMIZAR LA RELACIÓN CON LA ENTIDAD DE CONTROL .....</b>	<b>269</b>
<b>5.10 RECOMENDACIONES PARA SOCIEDADES DE CAPITAL QUE COTIZAN EN EL MERCADO DE VALORES.....</b>	<b>271</b>
<b>5.10.1 El problema de las sociedades cotizadas: inversiones a corto plazo     .....</b>	<b>272</b>
<b>5.10.2 Recomendaciones .....</b>	<b>273</b>
<b>5.11 IMPACTO FUTURO DE LA APLICACIÓN DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ECUADOR .....</b>	<b>276</b>
<b>5.12. COSTO ECONÓMICO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS COMPAÑÍAS ECUATORIANAS.....</b>	<b>277</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>281</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>289</b>

## **ÍNDICE DE TABLAS**

### **Tabla 1: Definiciones de gobierno corporativo**

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO

Gladis Adelaida Alarcón Valencia

## ABREVIATURAS/SIGLAS

AAFP	Asociación de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones
AEMEC	Asociación Española de Accionistas Minoritarios de Empresas Cotizadas
ASOBANCARIA	Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia
Art.	Artículo
BGC	Bolsa de Valores de Quito de Ecuador
BOVESPA	Bolsa de Valores del Estado de Sao Paulo
BVC	Bolsa de Valores de Colombia
CAF	Banco de Desarrollo de América Latina
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CBGC	Código de Buen Gobierno Corporativo
CC	Código Civil
CEBGC	Código Ecuatoriano de Buen Gobierno Corporativo
CCom	Código de Comercio
CEN	Comité Ejecutivo Nacional
CEO	Chief Executive Officer (director ejecutivo).
CGC&DM	Centro de Gobierno Corporativo y Desarrollo de Mercados de Chile
CNV	Corporación Nacional de Valores
Cf.	Confróntese
COA	Código Orgánico Administrativo
COGEP	Código Orgánico General de Procesos
CONASEV	Comisión Nacional Supervisora de. Empresas y Valores, o Superintendencia de Mercado de Valores
CONFECÁMARAS	Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio
CONFIEP	Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas
Const.	Constitución de la República del Ecuador
COOTAD	Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización
CPC	Código de Procedimiento Civil
CT	Código del Trabajo
DS	Doctrina Societaria
FASECOLDA	Federación de Aseguradores de Colombia
FONAFE	Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado
G-20	Grupo de los 20
GC	Gobierno Corporativo
GCGF	Foro Global de Gobierno Corporativo
IAGO	Instituto Argentino para el Gobierno Corporativo
IBGC	Instituto Brasileiro de Governança Corporativa
IFC	Corporación Financiera Internacional
IGC-CR	Gobierno Corporativo de Costa Rica
IGCLA	Red de Institutos de Gobierno Corporativo de Latinoamérica
IGC-P	Instituto de Gobierno Corporativo de Panamá

Inc.	Inciso
IOCN	Informe de Observancia de Códigos y normas
IPAI	Instituto Peruano de Auditores Independientes
IPOS	Initial Public Offering
JGA	Junta General de Accionistas
LAM	Ley de Arbitraje y Mediación
LC	Ley de Compañías
LCAGC	Los Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo
LGISF	Ley General de Instituciones del Sistema Financiero
LGS	Le y General de Seguros
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LMV	Ley de Mercado de Valores
LN	Ley Notarial
LOFOSB	Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil
LR	Ley de Registro
LRLC	Ley Reformatoria a la Ley de Compañías
LRTE	Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador
LRTI	Ley de Régimen Tributario Interno
LSS	Ley de Seguridad social
LSC	Ley de Sociedades de Capital
NIC	Normas Internacionales de Contabilidad
NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera
Núm.	Número
OCDE	Organización para la Corporación y el Desarrollo Económico
OECE	Organización Europea de Cooperación Económica
OPA	Oferta Pública de Adquisición
Op. Cit	Obra citada
PROCAPITALES	Asociación de Empresas Promotoras del Mercado de Capitales de Perú
RJ	Reglamento sobre Juntas Generales Reglamento sobre Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías de Responsabilidad Limitada, Anónimas, en Comandita por Acciones y Economía Mixta.
RSE	Responsabilidad social empresarial
SBS	Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones
Supercías	Superintendencia de Compañías, Valores y Valores
VC	Valor compartido

## INTRODUCCIÓN

La economía mundial, caracterizada por la globalización, genera en las compañías la necesidad de implementar buenas prácticas de gobierno corporativo (GC), con el fin de obtener ganancias a corto y largo plazo, dentro de un marco legal y de criterios de gobernanza asumidos voluntariamente. Este es el escenario actual en el que se realizan sus actividades las sociedades mercantiles ecuatorianas, que no cuentan con lineamientos claros y precisos sobre GC, como sí la poseen las compañías de otros países, principalmente de la Unión Europea y de EE.UU. La presente tesis doctoral, con el título “La necesidad de implementar el buen gobierno corporativo en el derecho societario ecuatoriano”, tiene como objeto la exposición y análisis de criterios de GC que deben ser implementados en el derecho societario ecuatoriano. De esta manera, partiendo del estudio del GC internacional y regional, así como de la actual legislación societaria nacional, se exponen criterios legales para fortalecer la directiva de la compañía, de la Junta General de Accionistas, los mecanismos de solución de conflictos, la relación con el ente de control, esto es, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, y garantizar el derecho de los accionistas, principalmente de los minoritarios.

La expresión “gobierno corporativo” la emplea por primera vez Richard Eells en 1960<sup>1</sup>, o gobierno de empresa, buenas prácticas de gobierno corporativo, gobernanza, etc. Se trata de un sistema de principios y normas internas y externas que promuevan el buen desempeño de una corporación, sin que se perjudique el patrimonio de sus propietarios, y a las funciones de sus administradores. El GC optimiza el desempeño de la compañía, incrementando las inversiones u su eficiencia en el mercado de capitales. De hecho, algunos países, como los EE.UU., con un determinado tipo de gobierno corporativo, han logrado un mayor crecimiento del mercado de capitales respecto de otros. Ahora bien, en el siglo XX, el GC cobra especial interés no sólo por el mayor crecimiento del mercado de capitales de las compañías de algunos países, sino también como mecanismo que intenta evitar crisis corporativas, como los escándalos corporativos y bancarios, como la crisis financiera asiática de 1998, la caída de Enron (EE.UU.), Parmalat (Italia), *Koito Manufacturing Ltd.* (Japón) o de TV Azteca (México). Algunas teorías, como la del

<sup>1</sup> EELLS, R.S.F., *The Meaning of Modern Business: An Introduction to the Philosophy of Large Corporate Enterprise*. Columbia University Press, New York, 1960, pág. 106.

mandato, órgano, *Stakeholder*, *Stewardship*, Agencia, presentan propuestas normativas y axiológicas de GC para hacer frente a las crisis de las empresas.

Actualmente, existen sistemas o modelos de gobierno corporativo que dependen del sistema legal, reglamentario e institucional del país o región en donde se desarrollan, como el modelo anglosajón (EE. UU e Inglaterra), el alemán (muy en boga en el continente europeo), y el japonés. (*Ooghe y De Langhe*). EE.UU y otros países anglosajones, por ejemplo, han implementado su modelo de gobierno corporativo en base a un mercado de capitales relacionado con la bolsa de valores; Alemania y Japón cimentan su mercado de capitales en los bancos; Canadá, Italia le dan importancia al control de grandes empresas manejadas por grupos familiares<sup>2</sup>. Los países latinoamericanos, con economías domésticas y centradas en la explotación de materia prima, conciben el gobierno corporativo como la buena relación entre accionistas, administradores y ejecutivos, con el fin de obtener réditos positivos en la venta de bienes y servicios o en la exportación de materia prima, al amparo de normativas societarias establecidas por el Estado.

A pesar de sus diferencias, estos modelos se aplican exitosamente en un tipo de sociedad, la sociedad anónima, prototipo de las sociedades mercantiles, en la que los accionistas, poseen un derecho representado por un título negociable, llamado acción, y que sólo responden con su aporte. El accionista es el propietario del capital. En las grandes sociedades cuyos títulos se negocian en la Bolsa, los accionistas cambian sin cesar. Todo bien hasta aquí. Los problemas surgen cuando la triada de la sociedad (Junta General, Administración y accionistas) es débil y desorganizada, esto es, cuando la Junta General de Accionistas no se empodera de la empresa, la directiva no protege los derechos de los accionistas, o cuando no se protegen los derechos de los accionistas, en especial de los minoritarios, la relación entre los socios se deteriora, se debilita la relación con los terceros y es objeto de fiscalización por parte del ente de control. Las consecuencias inmediatas, de hecho, sería que no se logre obtener ganancias, se pierda para siempre el capital, y que la compañía sea intervenida por el ente de control, llegando a su posible liquidación y cierre.

<sup>2</sup> GILSON, RONALD J., "Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, No. 2, 2001, pág. 329.

Es necesario recalcar que, desde la última década del siglo XX, frente a los impactos de la globalización, el libre mercado, los avances tecnológicos, el mejoramiento de las comunicaciones en la dirección y administración de las compañías, las sociedades han implementado principios y reglas de buen gobierno corporativo para hacer frente a estos cambios. Por ello, el Foro Global de Gobierno Corporativo (GCGF, por sus siglas en inglés), la Organización para la Corporación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Corporación Financiera Internacional (IFC), se han convertido en una fuente y lugar de encuentro, discusión, estudio y divulgación de las políticas y estándares de gobernanza. Gracias a estos aportes, Latinoamérica ha intercambiado experiencias y conocimientos sobre gobierno corporativo, a través de la Red de Institutos de Gobierno Corporativo de Latinoamérica (IGCLA), formada por el Instituto Argentino para el Gobierno Corporativo (IAGO), el Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (Confecámaras), el Instituto de Gobierno Corporativo de Costa Rica (IGC-CR), el Centro de Gobierno Corporativo y Desarrollo de Mercados de Chile (CGC&DM), la Bolsa de Valores de Quito de Ecuador (BGC), el Centro de Excelencia en Gobierno Corporativo de México (CEGC), el Instituto de Gobierno Corporativo de Panamá (IGC-P), la Asociación de Empresas Promotoras del Mercado de Capitales de Perú (Procapitales), y las representaciones de Bolivia y El Salvador.”

Las iniciativas de GC a nivel internacional han tenido eco en el Ecuador. De hecho, las recomendaciones y principios de la OCDE y de la IGCLA, se vienen socializando por varios años. Un ejemplo es el Programa de Buen Gobierno Corporativo (BGC), impulsado por la Bolsa de Quito, que organizó sendos seminarios a miembros de juntas directivas, gerentes, accionistas y grupos de interés, creando alianzas con universidades, capacitando a personal académico en pregrado y postgrado, docentes, consultores de firmas y desarrollando planes pilotos de convenios con compañías para que reciban consultorías de diagnóstico de gobierno corporativo y de implementación de prácticas de gobernanza.

Sin embargo, la asunción voluntaria de los principios y normativas internacionales y regionales de gobierno corporativo por parte de las sociedades mercantiles nacionales es aún tenue. Por ello, frente al panorama global en que las sociedades invierten a corto y largo plazo en aquellos países con los cuales Ecuador mantiene relaciones comerciales y ante la urgencia de blindar a las compañías ecuatorianas contra crisis producidas por la



falta de buenas prácticas corporativas, urge establecer estándares de gobernanza aplicables a la realidad societaria del país.

Por las circunstancias antes señaladas, en la presente investigación se han establecido los siguientes objetivos específicos:

- Identificar las teorías de GC más relevantes e influyentes en las sociedades de capital, desde el punto de vista internacional, regional y nacional.
- Describir los modelos actuales de GC que se aplican en todas las sociedades de capital.
- Exponer la naturaleza y principios de GC y su aplicación en la estructura y gestión de las sociedades de capital, en relación con el trato igualitario de los accionistas, la Junta General de Accionistas, la directiva, los terceros, resolución de conflictos y el ente de control.
- Analizar la normativa societaria internacional, regional y local relacionada con el GC.
- Presentar recomendaciones para la implementación del GC en las sociedades mercantiles ecuatorianas.

La metodología en la tesis doctoral se caracteriza por la aplicación del método analítico descriptivo, desde una perspectiva deductiva: Se parte del estudio de las teorías, normativas y estándares de GC a nivel mundial y regional con el fin de aplicarlos a la realidad nacional. El análisis de la normativa internacional de GC, así como de los Lineamientos de GC de organismos internacionales y regionales, permite identificar los criterios de buenas prácticas corporativas que fortalecen la gestión de las compañías, su estructura administrativa, los derechos de los accionistas, la obtención de ganancias, y el fiel cumplimiento de la normativa societaria. La descripción analítica de la realidad de gobierno corporativo en el Ecuador, hace posible observar y diagnosticar que las sociedades ecuatorianas necesitan implementar los criterios internacionales de GC que han sido asumidos voluntariamente por las compañías en el extranjero y que le permiten tener un éxito en sus negocios. Finalmente, se exponen criterios concretos de GC que deben ser aplicados voluntariamente por las compañías ecuatorianas para ir a la par con las demás sociedades, si no desean estar relegadas en el concierto internacional.

La tesis se divide en dos partes, desarrolladas en cinco capítulos. La parte I, “Principios Generales”, contiene los Capítulos I, II y III, en los que se analizan, de modo general, las teorías, normativas y criterios internacionales de GC; La parte II, “Aplicación específica a las sociedades mercantiles ecuatorianas”, comprende los Capítulos IV y V, analizando la normativa societaria nacional vigente y las propuestas de criterios de gobernanza para las sociedades ecuatorianas. A continuación, un resumen de cada capítulo.

El Capítulo I, “El buen gobierno corporativo: marco teórico” expone las teorías predominantes sobre GC. Se expone una definición actual de GC, el desarrollo histórico del mismo, así como los modelos actuales de GC, como el anglosajón, alemán y el japonés. Al final se presentan los objetivos, principios y estándares del buen GC propuesto por los organismos internacionales y que han sido propuestos por los estados y asumidos voluntariamente por las compañías.

En el Capítulo II, “Las sociedades mercantiles y el gobierno corporativo”, con el fin de tener una panorámica de lo que es una sociedad mercantil y su accionar, se presentan los elementos que caracterizan a las sociedades mercantiles, como su naturaleza, estructura básica, así como los derechos y deberes fundamentales de los accionistas de GC, y las obligaciones entre sí. A nivel de GC, se exponen, *ad intra*, los aspectos importantes de buenas prácticas en las sociedades, relacionados con el tratamiento equitativo de los accionistas y su protección, el gobierno y administración, la Junta General de Accionistas, la estructura del directorio, la existencia de un protocolo en las empresas familiares, la finalidad de los órganos de control y de la necesidad de la rendición de cuentas. Por último, se analiza, *ad extra*, la responsabilidad social de las compañías, su valor compartido y la importancia de resolución de conflictos.

El Capítulo III, “Análisis de derecho comparado de la aplicación práctica de los principios de gobierno corporativo”, ofrece un análisis de las legislaciones internacionales y regionales relacionadas con las buenas prácticas de GC. Es importante destacar que la normativa nacional sobre GC tiene mucha relación con la gobernanza norteamericana, pues es en este país donde nace la terminología de gobierno corporativo. De otro lado, Ecuador ha asumido desde hace más de dos décadas los Lineamientos de GC de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), así como de la Corporación Andina de Fomento (CAF). EL GC español constituye actualmente un referente para el Ecuador, sobre todo porque su legislación está actualizada con los criterios de GC que continuamente elabora la Unión europea (UE). Por cuanto las

compañías ecuatorianas tienen relaciones comerciales con sus pares en Latinoamérica, se describe, a breves rasgos, la normativa de GC de países con México, Colombia, Perú, Argentina, Brasil, por citar algunos. El capítulo concluye con el análisis de los principales efectos del GC en las sociedades mercantiles en los procesos de integración a nivel regional y global.

El Capítulo IV, “Marco Legal”, se refiere específicamente al desarrollo histórico normativo del GC en el Ecuador. En un primer momento, se reseña la evolución cronológica de las propuestas relacionadas con el GC en el país, en tres fases: antes, en y después de las propuestas de los Lineamientos de GC de la OCDE. A continuación se analiza la posibilidad de fundamentar la necesidad del GC en la Constitución del 2008, así como las repercusiones del artículo 433 de la Ley de Compañías relacionadas con el GC de las sociedades mercantiles. Finalmente, se exponen las propuestas que la Doctrina ecuatoriana ofrece para mejorar el GC en las empresas nacionales.

El Capítulo V, “La necesidad de implementación de gobierno corporativo en el Ecuador para las sociedades de capital”, desarrolla la parte medular de la tesis. En primer lugar se describe la problemática de las sociedades de capital en relación a los abusos en contra de los socios minoritarios, así como las falencias de gobierno corporativo presente en la Junta General de Accionistas, directiva, en los mecanismos de resolución de conflictos, en las relaciones de los socios entre sí y con el ente de control. Posteriormente, se exponen criterios de gobierno corporativo que deben implementarse en las sociedades de capital de las compañías ecuatorianas, principalmente para dar una mayor protección de los socios minoritarios, convertir a la Junta General de Accionistas en un verdadero órgano de gobierno y de control efectivo, fortalecer las responsabilidades del directorio, mejorar las alternativas de resolución permanente de conflictos entre socios y con las partes vinculadas, optimizar la relación con la Superintendencia de Compañías y Seguros, ente de control de las sociedades ecuatorianas. Finalmente, la tesis concluye con algunas recomendaciones para las sociedades de capital que cotizan en el mercado de valores, el impacto de la aplicación del GC en las sociedades mercantiles en el país y el coste económico más beneficios que representa la implementación de las medidas del buen gobierno corporativo.

Para el desarrollo de la tesis se aplicó una investigación bibliográfica, mediante la consulta de fuentes primarias y secundarias, en su mayoría libros, tesis, revistas especializadas y otras publicaciones que abordan la temática del GC a nivel internacional,

regional y local. Fue necesaria la consulta de los cuerpos legales que regulan aspectos de GC, principalmente de España y de los países latinoamericanos, así como los documentos oficiales de organismos internacionales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Corporación Andina de Fomento (CAF), la Bolsa de Valores de Quito y Guayaquil, cuyos documentos fueron investigados en Internet.

La tesis no pretende agotar la temática del GC en el Ecuador, sino que tan solo constituye un aporte científico que promueva la investigación del GC en el país, con el fin de ofrecer nuevas alternativas para implementar las buenas prácticas de gobierno corporativo en las sociedades ecuatorianas.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO

Gladis Adelaida Alarcón Valencia

## **PARTE 1. PRINCIPIOS GENERALES**

### **CAPÍTULO I EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO: MARCO TEÓRICO**

#### **1.1 ANTECEDENTES**

Es un hecho irrefutable que el crecimiento económico y el mejoramiento del bienestar de un país dependen no sólo del incremento de las inversiones y de la eficiencia del mercado de capitales, sino también del desempeño de las compañías. Pero, ¿Cómo una compañía logra un desempeño óptimo? Uno de los mecanismos que permite el desempeño óptimo de las compañías es la existencia de un buen gobierno corporativo (GC).

Richard Eells<sup>3</sup> emplea por primera vez, en 1960, la expresión “gobierno corporativo” o gobierno de la buena empresa, para hablar de un sistema de principios y normas internas y externas que promuevan el buen desempeño de una corporación, sin que se perjudique el patrimonio de sus propietarios y a las funciones de sus administradores.

La importancia de establecer la naturaleza, características, principios, normas e incluso el proceso histórico del gobierno corporativo cobra especial interés no sólo por el mayor crecimiento del mercado de capitales de las compañías de algunos países, sino también a causa de los escándalos corporativos y bancarios, como la crisis financiera asiática de 1998, la caída de Enron (EE.UU.), Parmalat (Italia), Koito Manufacturing Ltd. (Japón) o de TV Azteca (México).

Ante este panorama, ¿Cómo pueden las compañías lograr un mejor sistema de Gobierno Corporativo con el fin de evitar tales crisis?

Existen algunas teorías que intentan dar respuesta a esta pregunta, pues el contenido de la misma puede explicar otro fenómeno ligado al buen desempeño de las corporaciones:

<sup>3</sup> Así lo afirma, RAMOS RODRÍGUEZ, L., *Roles mediadores del impacto de la Cohesividad y del conocimiento en la Efectividad de las juntas: empresas privadas y Públicas peruanas*, Universitat Ramon Llull, Barcelona, 2016, pág. 10.

Algunos países, como los EE.UU., con un determinado tipo de gobierno corporativo, han logrado un mayor crecimiento del mercado de capitales respecto de otros.

A continuación, realizaré una breve explicación de las principales teorías relacionadas con el buen gobierno corporativo, así como una exposición suscitan de definiciones, modelos y objetivos del gobierno corporativo, con el fin de ubicar el pensamiento corporativo de nuestra legislación y la teoría a la cual nos allanamos para el desarrollo de nuestra propuesta de un buen gobierno corporativo, base indiscutible de una compañía fuerte y motora del crecimiento económico del país.

## 1.2 TEORÍAS DE GOBIERNO CORPORATIVO

Las teorías sobre gobierno corporativo se clasifican en:

a. **Según el grado de injerencia del estado:** aquellas que ponen mayor acento en el auto gobierno de las sociedades, con una injerencia mínima del estado. En este grupo tenemos:

- 1) Teoría política.
- 2) Teoría de las instituciones.
- 3) Teoría del origen legal.

b. **Según la gestión interna:** o Teorías de gestión de sociedades<sup>4</sup>. Son aquellas que buscan priorizar el mayor beneficio para los accionistas, sin menoscabar el gobierno de la sociedad y el rol de gestión de los administradores. En este grupo tenemos a las siguientes:

<sup>4</sup> Desde Adam Smith, se viene manejando la idea que los administradores no deben excederse en sus atribuciones respecto de los verdaderos dueños del capital (accionistas). La postura se afianza con las lecciones que dejó la gran depresión estadounidense de 1929 y que fueron recogidas por BERLE Adolf y MEANS Gardiner C., en su libro “The Modern Corporation and Private Property y que dieron origen al paradigma BERLE MEANS. Que pregona la separación entre administración y propiedad de la firma. A raíz del caso Revlon contra Mac Andrews and Flores Inc., en 1986, los congresistas estadounidenses tienden a defender un marco legal que priorice la riqueza de los accionistas y que establezca de forma clara las atribuciones de los administradores (gestionar y gobernar la sociedad) y el derecho de los accionistas sobre la propiedad de la sociedad. Para un mayor estudio del paradigma BERLE MEANS, se pueden consultar las siguientes obras: BERLE, A., MEANS, G., The Modern Corporation and Private Property, Mcmillan Company, New York, 1932, pág. 355; ZÚÑIGA, D., Estructura de Propiedad e inversión: Evidencia para Chile, Universidad de Chile, Departamento de Ingeniería industrial (Tesis), Santiago de Chile, 2011, pág. 10; ALTI, A., “How sensitive is investment to cash flow when financing is frictionless”, Journal of Financial, Núm. 58, 2003, pág. 707-722. Un resumen completo del caso lo podemos encontrar en: BERNARDO VILLOTA, Los deberes fiduciarios de los directores en el estado de Delaware (Tesis), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2010, págs. 35-38; GUERRERO C., “La Business Judgment Rule en los procesos de M&A” (Tesis),

- 1) Teoría del mandato.
- 2) Teoría del órgano.

c. **Según el contrato societario:** Los derechos, obligaciones, roles y responsabilidades de los accionistas, administradores, proveedores y terceros se establecen según convenio o acuerdo, con el fin de obtener la mayor ganancia para los propietarios, salvaguardando el buen gobierno de la sociedad. En este grupo se ubican las siguientes teorías:

- 1) Teoría de los interesados o *stakeholder*.
- 2) Teoría del servidor o *stewardship*.
- 3) Teoría de la agencia.
- 4) Teoría ecuatoriana.

### 1.2.1 Teoría política

Su máximo exponente es Mark Roe<sup>5</sup>. Señala que, en los Estados Unidos, al predominar el libre mercado, existe una marcada separación entre propiedad y control al interior de las compañías. El control gubernamental es mínimo a través de organismos estatales. Priman los intereses de los accionistas, que en mucho de los casos están dispersos y son anónimos en las bolsas de valores. Los administradores ejercen sus funciones en beneficio de los dueños del capital (accionistas), en el marco de mecanismos internos de eficiencia, como la implementación de una contabilidad lo más transparente posible, y fuertes incentivos en sus remuneraciones. Sin embargo, señala que tal simbiosis no es perfecta, sino más bien débil. Claro que los empleados no se inmiscuyen en las labores de los administradores ni en los intereses de los accionistas, pero, el poder estatal posee pocas herramientas institucionales para controlar desde fuera el accionar de los administradores y el interés de los accionistas.

Por ello, Mark Roe, ve con buenos ojos la política de la democracia social de los países europeos, reacios a la separación entre propiedad y control empresarial. De hecho, como afirma Sperber, en países como Alemania, Francia, Italia y Suecia, “la política nacional

Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil Madrid, 2010, págs. 7-33.

<sup>5</sup> MARK J. ROE., “Precondiciones políticas para separar la propiedad del control corporativo”, *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000, p. 539.



presiona a las empresas a crecer para evitar bajas en la economía nacional; y así evitar interrumpir las buenas condiciones de empleo general. Los administradores renuncian a nuevas oportunidades comerciales y los accionistas a una mayor percepción de utilidades (maximización de beneficios), para poder mantener un bajo desempleo por política nacional; esto abre el debate y el problema entre los sueldos de los trabajadores y administradores, frente a los intereses de los accionistas.”<sup>6</sup>

### 1.2.2 Teoría de las instituciones

La escuela de las instituciones, liderada por John Coffee<sup>7</sup>, de la Universidad de Columbia, indica que el desarrollo del sector privado ha permitido el crecimiento de las Bolsas de Valores y la proliferación de accionistas dispersos en las corporaciones. Si bien las compañías están libres de la injerencia del control gubernamental, no es menos cierto que, a pesar de las regulaciones y de la protección del estado, estas pueden desarrollar substitutos de garantía y salvaguardia; en el caso societario, salvaguardia de los accionistas, así como normativas y órganos internos para un mejor control y eficiencia que permita un mejor gobierno corporativo. Con todo, a pesar del ineficiente control estatal, se requiere de la intervención del legislador, a través de normas imperativas cuya aplicación no puede ser excluida de las sociedades.

### 1.2.3 Teoría del origen legal

Los economistas Rafael La Porta, Florencio López-De-Silanes, Alan Watson y Andrei Shleifer<sup>8</sup> sostienen que no debe imponerse un modelo societario determinado a las compañías

<sup>6</sup> SPERBER, D., “El gobierno Corporativo, ¿en el Ecuador?”, *Revista de Derecho Iuris Dictio*, Vol. 7, Núm. 10, 2007, pág. 75. El autor cita al profesor de Harvard, Mark Roe, como máximo representante de la *political theory*. Su pensamiento, respecto al gobierno corporativo anglosajón, muy ligado al japonés, lo podemos encontrar en: ROE, M., “Political Preconditions to Separating Ownership from Corporate Control”, *Stanford Law Review*, Núm. 53, 2000, pág. 539.

<sup>7</sup> SPERBER, D., *El gobierno Corporativo...*, op. cit., pág. 75. Puede consultarse al respecto la obra original de Coffee en: COFFEE John C. Jr., “The Risk of Dispersed Ownership: The Role of Law in the Separation of Ownership and Control”, *Yale Law Journal* 1, 2001b. , pág. 111.

<sup>8</sup> *El pensamiento de estos autores lo encontramos en: LA PORTA, R., LOPEZ-DE-SILANES, F. and SHLEIFER, A., ¿“What Works in Securities Laws?”*, *The Journal of Finance*, Vol. 61, Núm. 1, 2006. Para ellos, el sistema jurídico anglosajón supera al sistema jurídico civil en cuanto a la protección de los derechos de los accionistas minoritarios, pues se da una aplicación amplia de la hipótesis “law matlers”, animando un mayor

para que posean un buen gobierno corporativo. Abogan para que se perfeccione y depure cada modelo societario, según se derive de una determinada familia jurídica, tanto del sistema jurídico anglosajón (*common law*), como del sistema jurídico civilista (*civil law*: sistema germánico, escandinavo, francés y socialista) y que se tome en cuenta el escenario financiero en el que se desenvuelve la compañía.

Los defensores de esta escuela distinguen entre un sistema concentrado de propiedad (*concentrated ownership system*) y un sistema disperso de propiedad (*dispersed ownership system*). El primero posee un accionista de control, con limitadas supervisiones gubernamentales, pero con fuerte vigilancia interna; el segundo tiene más de un inversionista de control, con un regulador bursátil y control corporativo específico.

Por último, recomiendan que los países en transición, deben crear normas que protejan los derechos de los accionistas minoritarios, quienes, en las corporaciones modernas, son la mayoría.

#### **1.2.4 Teoría clásica del mandato**

El mandato es una representación y, en las corporaciones, constituye una figura jurídica que media entre los administradores y los propietarios del capital. Su antecedente, como lo señala Bérghamo, está en el artículo 22 de la Ley Francesa del 24 de julio de 1867, que define a “los administradores como mandatarios a plazo, revocables, asalariados o gratuitos, elegidos entre los socios”<sup>9</sup>.

Sin embargo, a criterio de Sperber, el derecho francés va más allá, pues se establece que la administración la ejerce el Directorio o Consejo elegido por la Junta, sin que ésta pueda arrogarse las prerrogativas de aquél<sup>10</sup>. El Código Civil Ecuatoriano (CC) define al mandato

crecimiento del mercado de capitales, dispersando positivamente la propiedad accionaria, caracterizada por considerar que una acción da derecho a un voto.

<sup>9</sup> GALINDO, J., *Derecho Europeo de Sociedades*, JAVEGRAF, Bogotá, 2002, pág. 327.

<sup>10</sup> SPERBER, D., *El gobierno Corporativo...*, op. cit. Pág. 77.

como “un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”<sup>11</sup>.

### 1.2.5 Teoría del órgano

Esta corriente señala que las compañías, como personas jurídicas, expresan su voluntad por intermedio de sus órganos, que son parte de la misma, y hacen posible el accionar de la corporación. No cabe la figura del mandato ni de la representación.

La teoría sostiene que el gobierno corporativo supone dos elementos, como la norma (carácter objetivo) y los directores (carácter subjetivo). Estos últimos deben supeditarse a la Ley, como en el caso del Ecuador a la Ley de Compañías (LC) y al estatuto social, con el objetivo de legitimar su actuar societario so pena de ser removidos si ocupan cargos administrativos<sup>12</sup>. Aunque los administradores ejerzan su cargo por designación de la Asamblea General o de la Junta Directiva ellos actúan por propia autoridad. Solo existe una sola voluntad, la voluntad del órgano; que es el instrumento mediante el cual se manifiesta la voluntad de la sociedad. “La representación orgánica, constituye una secuela necesaria de la organización de la persona jurídica. Más que la manifestación de un derecho ajeno, es la expresión de un derecho propio del representante, anejo al cargo que ostenta”<sup>13</sup>

### 1.2.6 Teoría de los interesados o *Stakeholder*

Es la teoría conocida también como “de los interesados”, o “de contrato entre partícipes. Stanford Research Institute acuñó en 1963 el término *stakeholder*, pero fue Freeman, en su obra “*Strategic Management: A Stakeholder Approach*”, quien se refirió a los *stakeholders* como “los individuos o grupo de individuos que pueden afectar o que se pueden ver afectados por el logro de los objetivos de la organización”<sup>14</sup>. En este sentido, las empresas, con su

<sup>11</sup> CÓDIGO CIVIL, Art. 2020.

<sup>12</sup> SPERBER, D., *El gobierno Corporativo...*, op. cit. Pág. 77. Precisamente, la LC, en su artículo 231, número 1 dispone que entre las facultades de la junta General de la compañía se encuentra la de “Nombrar y remover a los miembros de los organismos administrativos de la compañía, comisarios, o cualquier otro personero o funcionario cuyo cargo hubiere sido creado por el estatuto, y designar o remover a los administradores, si en el estatuto no se confiere esta facultad a otro organismo”

<sup>13</sup> BÉRGAMO, A., *Sociedades Anónimas (Las Acciones)*, Madrid, 1970, Tomo I, Cap. VI, pág. 14.

<sup>14</sup> ARGENTE, E., *El gobierno corporativo en empresas Hispano-Marroquíes* (Tesis), Universidad de Granada, Departamento de Economía Financiera y Contabilidad, Granada, 2012, pág. 18.

accionar, pueden ser afectadas o pueden afectar a muchas personas, entre las que podemos contar a las accionistas, clientes, acreedores, proveedores, directivos, empleados (*stakeholders* primarios), así como al público en general, competidores, medios de comunicación y comunidad (*stakeholders* secundarios).

La solución sería, según esta escuela, fortalecer el marco contractual, de forma integral, entre los miembros de la compañía, así como regular la participación de los mismos, no solo en la dirección, el fondo, el capital, sino también en las ganancias y en las pérdidas, esto es los derechos y deberes legítimos, explícitos o implícitos de la compañía. Y es que, como indican Jensen y Meckling<sup>15</sup> indican que las relaciones contractuales son las más importantes en la empresa. En este sentido, es esencial crear, fortalecer y acrecentar las relaciones entre empleados, pero también entre la empresa y los proveedores, clientes, acreedores, etcétera. En vez de dar importancia a las relaciones de agencias bilaterales, se debe optar por “la reducción de los costes de agencia de un modo global mediante la gestión simultánea del conjunto de relaciones entre los partícipes.”<sup>16</sup>

Así pues, el gobierno corporativo debe basarse en un sistema de acuerdos y relaciones óptimos y estables *ad intra*, que proteja a las partes involucradas con la empresa de potenciales oportunistas. Dicho de otra manera, “el modelo de contratos entre partícipes supone que la dirección tenga en cuenta los intereses de todos los *stakeholders* de la empresa a la hora de tomar decisiones”<sup>17</sup>

### **1.2.7 Teoría del servidor o *Stewardship***

El término “stewardship” se traduce literalmente como “servidor”, pero algunos lo traducen como mayordomo.

<sup>15</sup> JENSEN, M.C.; Meckling, W.H. Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, 1976.

<sup>16</sup> CHARREAUX, G., La théorie positive de l'agence: positionnements et apports. *Revue d'Économie Industrielle*, Núm. 92, 2000, págs., 193-214.

<sup>17</sup> ALONSO, P., MARISCAL, M. Un paseo por el concepto de gobierno corporativo. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, Vol. 2, Núm. 2, 2010, págs. 95.

A partir de la década de los noventa, frente a los presupuestos de la teoría de la agencia, surge la teoría del *stewardship*, propuesta por: Donalson y Davis (1991), Finkelstein y D`Aveni (1994), Lee y O'Neill (2003), Wasserman (2006), Davis, Schoorman y Donalson, (1997)<sup>18</sup>. Se trata de explicar el comportamiento de los directivos que buscan siempre el crecimiento de la organización, no el logro personal. O, de otro modo, según esta teoría “los directivos que se identifican con sus organizaciones y que están fuertemente comprometidos con los valores organizativos tendrán una mayor probabilidad de servir a los fines organizativos”<sup>19</sup>. Lo que se intenta es lograr que las decisiones estratégicas de los agentes o administradores no vayan en contra del interés de los propietarios del capital de la compañía, que son los accionistas.

### 1.2.8 Teoría de la agencia

La teoría de la Agencia o Contratación de Directivos, tiene sus orígenes en los estudios realizados por Jensen y Meckling<sup>20</sup>, quienes sentaron las bases definitivas del gobierno corporativo en los Estados Unidos. La teoría propone que debe existir una relación de agencia entre administradores y accionistas, en virtud de la cual los primeros están subordinados a los segundos, gestionando sus intereses. “En este sentido, la separación de propiedad y control, tal y como se presenta en la empresa moderna, tiene como principal problema evitar

<sup>18</sup> DONALSON, L y DAVIS, J.H. Stewardship theory or agency theory: CEO governance and shareholder returns, *Australian Journal of Management*, vol. 16, 1991, págs. 49-64; FINKELSTEIN, S.; D'AVENSI, R.A. CEO duality as a double-edged sword: How boards of directors balance entrenchment avoidance and unity of command. *Academy of Management Journal*, vol. 37, 1994, págs. 1079-1108; DAVIS, J.H.; SCHOORMAN, E.D.; DONALSON, L. Toward a stewardship theory of management. *Academy of Management Review*, vol. 22, n° 1, 1997, págs. 20-48; LEE, P. y O'NEILL, H. “Ownership structures and R&D investments of U.S. and Japanese firms: agency and stewardship perspectives”, *Academy of Management Journal*, Vol. 46, n° 2, págs. 212-225; WASERMAN, N. “Stewards, agents and the founder discount: Executive compensation in new ventures”, *Academy of Management Journal*, Vol. 49, n° 5. 2006, págs. 960-976.

<sup>19</sup> GARCÍA, M., *El gobierno corporativo y las decisiones de crecimiento empresarial: evidencia en las cajas de ahorros españolas* (Tesis doctoral), Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2003, pág. 5.

<sup>20</sup> JENSEN, M.C.; MECKLING, W.H., *Theory of the Firm...op. cit.*

los posibles comportamientos oportunistas de los gestores que tienden a reducir el valor empresarial”<sup>21</sup>

La consecución de esta armonía entre administradores y propietarios del capital se logra a través de un acuerdo o contrato expreso o tácito entre las partes (administradores y accionistas), “bajo el cual uno o varios individuos a quien o quienes se les denomina principal o principales o también constitutivo principal comisionan a otra persona a quien se denomina “agente” bajo cuya significación se ubica a los directivos para que, en su nombre, realicen una sucesión de acciones o movimientos. Esta orden impartida al agente por parte del principal, conlleva que el primero delegue en el segundo el ejercicio de ciertas facultades para que este pueda asumir unas, a menudo temporales funciones y tomar decisiones, que tienen la característica de ser muy puntuales”<sup>22</sup>

### 1.2.9 Teoría ecuatoriana

¿Cuál de estas teorías se sigue en Ecuador?

La actual Ley de Compañías concibe a los administradores como mandatarios amovibles (Cf. Arts. 144), y por esta misma línea se pronuncia el CC (Cf. Art. 2020) y el Código de Comercio (CCom., Cf. Arts. 117 y 138). Pareciera que se alinea a la escuela del mandato.

Sin embargo, no es así, pues se separa de esta teoría, pues “mientras que en el mandato civil y comercial el mandatario está obligado a proseguir con las instrucciones concretas del mandante (representación negocial), el poder de representar a la compañía supone una representación necesaria; puesto que en toda compañía debe existir un administrador para el cumplimiento de los objetivos sociales, tanto en la fase fundacional como en el curso de la sociedad *in bonis*, no pudiendo funcionar sin éste cargo; algo que no ocurre en el mandato civil.”<sup>23</sup>

<sup>21</sup> GARCÍA M., *El gobierno corporativo...op. cit. Pág. 5.*

<sup>22</sup> LÓPEZ, R., *Derecho Comercial*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2014, pág. 58. Un estudio más profundo de la teoría en relación al contrato de agencia lo podemos encontrar en: GARCIA, A., *Contrato de Agencia Comercial*, Estudios de Derecho, Medellín, Colombia, 1973, págs. 55 a 92.

<sup>23</sup> SPERBER, D., *El gobierno Corporativo...*, *op. cit. Pág. 77.*

La condición contractual del administrador en nuestras compañías es un tanto diversa. En general, el gerente de la compañía posee la condición de socio<sup>24</sup>, funge a la vez de director (director-gerente) y es su representante legal y actúa como órgano de la misma. En las compañías personalistas no tiene relación de dependencia sino de representación legal de la compañía. En cambio, en las compañías de capital, su función es técnica y especializada y, por lo mismo, percibe una remuneración.

Un aspecto interesante en el Ecuador es que admite la actuación orgánica por encima del mandato, tal como lo leemos en el artículo 252 de la LC, que dice: “...*si la representación recayere sobre un organismo social, éste actuará por medio de un presidente.*”

### **1.3 DEFINICIONES DE GOBIERNO CORPORATIVO**

Las necesidades de las compañías, respecto al crecimiento de la empresa, el incremento del mayor capital, la regulación del accionar de los administradores o agentes, y la protección del interés de los propietarios, son las razones por las cuales existe una diversidad de definiciones del GC.

En efecto, en EE.UU., Alemania y Reino Unido, la conceptualización del GC está ligada con la teoría de la agencia, el desempeño y valor de la firma, la relación de la normativa con los mecanismos de gobernanza. En cambio, en las economías emergentes, se concibe al GC desde la óptica de la teoría institucional, de los *stakeholders* y del *stewardship*, acentuando aspectos como las estrategias y el asesoramiento. Con todo, las compañías, pensadores, y los organismos nacionales e internacionales creen necesario establecer una definición de GC, pues se precisa poner de manifiesto la transparencia con la que se debe administrar una compañía. Es por esta razón, que algunos autores modernos recogen en sus definiciones de GC, con el fin de divulgar sus aspectos relevantes. Algunas de estas definiciones son descriptivas, y otras se fijan en su aspecto accidental.

<sup>24</sup> LC, Art. 65.

Así, por ejemplo, Argandoña destaca la condición de “medio” del GC al conceptualizarlo como “un instrumento encaminado a fortalecer y mejorar la integración con cada uno de los agentes involucrados en el día a día de la organización.”<sup>25</sup>

En cambio, Bowen<sup>26</sup>, prefiere destacar su dimensión estructural. Al definirlo como “el conjunto de buenas prácticas que rigen las relaciones entre quienes administran la empresa, los que invierten recursos, los que controlan, y los que se benefician de la empresa.”

De su parte, Casal lo define como “el conjunto de principios, políticas, procedimientos, estándares y normas que se utilizan para dirigir y controlar una entidad de cualquier naturaleza, tamaño o condición, de una forma ética, equitativa y responsable. Ese conjunto regula el diseño, integración y funcionamiento de los órganos de gobierno, reflejando las relaciones de poder entre accionistas, directorio y alta gerencia”<sup>27</sup> (2010, p. 1 )Argentes<sup>28</sup> (2012, pág. 38 y 39), nos presenta un cuadro cronológico de las definiciones que se han dado sobre GC:

**Tabla 1 Definiciones de Gobierno Corporativo**

Año	Autor/es	Definición
1983	Freeman	“Democracia corporativa que debe responder a las necesidades de los accionistas y otros stakeholders fomentando la participación de éstos en el proceso de gobierno”
1990	Baysinger y Hoskisson	“Conjunto de controles internos y externos que armonizan los conflictos de agencia entre directivos y accionistas, resultantes de la separación entre la propiedad y el control”

<sup>25</sup> ARGANDOÑA, A. Y SEGURA, F., *Enciclopedia Práctica de Economía*. Editorial Orbis. Barcelona, 2000, pág. 210.

<sup>26</sup> BOWEN, M., *El gobierno corporativo y su aplicación en los bancos privados del Ecuador periodo 2012-2013*, Guayaquil, 2014, pág. 3.

<sup>27</sup> CASAL, A. (2010). *Gobierno Corporativo. Dirección, Administración y Control de Organizaciones en Forma Ética*. Buenos Aires: Ed. Errepar., 2010, PÁG. 1.

<sup>28</sup> ARGENTE, E., *El gobierno corporativo... op. cit.*, pág. 18



1993	Keasey y Wright	“Estructuras y procesos asociados con la producción, toma de decisiones y control dentro de una organización para asegurar que el agente actúe en beneficios de los accionistas y otros <i>stakeholders</i> ”
1995	Blair	“Conjunto de arreglos legales, culturales e institucionales que determinan las actividades de las empresas que cotizan en bolsa, como es ejercido el control y cómo son asignados los riesgos y los retornos de la firma”
1997	Shleifer y Vishny.	“Conjunto de mecanismos a través de los cuales los inversores se protegen a sí mismos de la expropiación de los agentes internos minimizando los costes de agencia”
1997	Keasey et al.	“Estructuras, procesos, culturas y sistemas que dan origen al desempeño exitoso de la organización”
1999	Fernández y Gómez.	“Sistema completo de acuerdos institucionales y relaciones a través de las cuales las empresas son dirigidas y controladas”
2000	La Porta et al.	“Conjunto de mecanismos a través de los cuales los inversores externos se protegen contra la expropiación por parte de los agentes internos”
2003	Denis y McConnell.	“Conjunto de mecanismos institucionales y de mercado que inducen a los directivos de las compañías a tomar decisiones que maximicen el valor de la compañía y de sus accionistas”
2005	López Herrera y Ríos Szalay	“Reglas y prácticas que gobiernan la relación entre los administradores y los accionistas de las corporaciones, y los administradores con los grupos de interés como los empleados y los acreedores”
2005	Davis	“Sistema que describe la matriz institucional que canaliza los flujos de efectivo”
2005	Luo	“Sistema que distribuye los derechos y responsabilidades entre los diversos partícipes”

Fuente: Elaboración propia

Por último, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE (2001), define al Gobierno Corporativo como: “El conjunto de relaciones entre la administración de la empresa, su consejo de administración, sus accionistas y otras partes interesadas. El Gobierno Corporativo también proporciona la estructura a través de la que se fijan los objetivos de la compañía y se determinan los medios para alcanzar esos objetivos y supervisar el desempeño.”<sup>29</sup>

Está claro que no podemos proponer una definición que cobije a la multitud de manifestaciones organizativas y de dirección que poseen las compañías en todo el mundo. Pero sí podemos establecer en una definición aspectos esenciales del GC comunes a todos. La etimología de gobierno, del griego κυβερνέιν (kybernéin, pilotar un barco), como la acción de dirigir, permite establecer su aspecto de “movimiento” y conducción de una cosa por otra, como la nave conducida por el piloto. La acepción “política” de gobierno, como el conjunto de instituciones públicas que ejercen la autoridad delegada de la ciudadana en beneficio del bien común, aporta la idea de que la acción de dirigir tiene como fin “el bien” de la agrupación humana civil. La compañía es de hecho un tipo de sociedad, pero mercantil, en la que convergen personas de carne y hueso, unidas por el vínculo del contrato de comercio, que aportan un capital, lo que es suyo, y que se relacionan de diversas formas, sea en su condición de accionistas, administradores y terceros.

Ahora bien, el gobierno corporativo posee una dimensión jurídica, pues implica un conjunto o sistema de principios y normas, que regulan las relaciones entre el que dirige y los dirigidos, de modo vertical, en su forma ascendente y descendente, pero también en su dimensión horizontal, entre los dirigidos y de estos con terceros (transversal). De otro lado, es claro que básicamente es una realidad económica, pues al pensar en una compañía, suponemos que tal asociación es mercantil, orientada al acrecentamiento del capital, en la que se pone en juego los intereses de la corporación o miembros, muchos de ellos con derechos en el anonimato y que, por lo mismo, precisan de una representación legal, administrador o agente que vele por sus intereses y no los traicione.

<sup>29</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), Principios de gobierno corporativo de la OCDE, CFE, París, 2004, pág. 11.

En base a estas consideraciones políticas, sociales, jurídicas y económicas, defino al GC como el sistema de principios, normas, fines, medios y de relaciones contractuales que, a través de una eficiente dirección y control, se regulan las relaciones entre propietarios, administradores y terceros, con el fin de tomar las decisiones adecuadas en los negocios.

#### **1. 4 DESARROLLO HISTÓRICO DEL GOBIERNO CORPORATIVO**

La intención de contar con un modelo de gestión, dirección y control de negocio corporativo no es nueva y data del siglo XVII. Con el surgimiento de las compañías inglesas y holandesas quasi-públicas que construyeron grandes imperios comerciales se inicia la organización formal de lo que hoy conocemos como el Consejo de Administración de las Sociedades Anónimas, que se organizaba con 24 miembros elegidos por los mismos propietarios o accionistas y sujeto a su control (*Court of proprietors*). Es decir, tenía una estructura interna comparable a lo que hoy conocemos como modelo único o monista (un solo Consejo compuesto por 17 consejeros, elegidos por los gobernadores de seis cámaras), en la que el Consejo administraba y actuaba libre de toda supervisión de los accionistas minoritarios. Al crecer el negocio corporativo, se crea un comité ejecutivo del Consejo (*The Hague Committee*) que colaboraba con los consejeros, específicamente en las cuestiones contables. En 1623 se produce un cambio importante: se crea “un comité de nueve miembros que podría ser interpretado como el inicio del moderno Consejo de Supervisión de algunas Sociedades Anónimas (estructura dual del modelo alemán). Las funciones de este comité eran las de asesorar a los consejeros y aprobar el informe anual de la compañía. Dentro de sus facultades se encontraban las de asistir a las reuniones del Consejo y las de revisar los documentos y los criterios que guiaban a los administradores para realizar los negocios en beneficio de la compañía.”<sup>30</sup>

<sup>30</sup> OLCESE, A., Teoría y práctica del buen gobierno corporativo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 2005, pág. 10

Adam Smith<sup>31</sup> (1776) se refiere a la empresa como el retorno financiero de las inversiones y de las disposiciones para el aseguramiento de las ganancias de estos accionistas. Aunque se refiere al aspecto ganancial del gobierno corporativo, no utiliza la expresión. Esto nos permite afirmar que en los siglos XVIII, XIX y principios del XX, no se emplea aún el término. Edward S. Mead<sup>32</sup> (1928), en su texto de finanzas corporativas, se refiere *al representative government* (Gobierno representativo) para distinguir el Gobierno de las corporaciones, de la Gerencia/Administración (*management*) de estas corporaciones.

En 1932, gracias a los estudios de A. Berle y G. Means, el GC cobra especial importancia, cuando estos autores proponen la necesidad de separar la propiedad y el control en las empresas. En este mismo año, Dod señala que la sociedad mercantil debe estar representada en el poder corporativo en salvaguarda de los intereses de los empleados, los consumidores y los otros participantes. Por su parte, Coase (1937), se refiere a una serie de criterios que deben ser tomados en cuenta para el buen ejercicio de la Gerencia. La Teoría de la Firma de Coase comprende los costos de coordinación de organizar las actividades dentro de la Firma y los costos de transacción de pasar por el mercado.

Uno de los primeros intentos normativos de formalizar el manejo corporativo y el control interno, de tal manera que no existan errores de información y conflictos de intereses entre accionistas y administradores, fue la creación del Comité de Auditoría, dentro del Comité de Directores, recomendado por primera vez por The New York Stock Exchange en 1939. De aquí se derivaron dos actas importantes: 1) la "Investment Company Act of 1940", que regulaba la organización de las compañías, con el fin de minimizar los conflictos de interés

<sup>31</sup> Con la división del trabajo y la consiguiente delegación a algunos como "administradores" para que tomen decisiones a nombre de los dueños del capital, se produce la escisión en la compañía entre propiedad y administración, lo que ya es enunciado por Adam Smith al hablar de las empresas por acciones, sostiene que "De los directores de tales compañías, sin embargo, siendo los administradores del dinero de otros y no del suyo propio, no puede esperarse que ellos lo vigilen con la misma ansiosa diligencia con la cual los socios en una sociedad privada frecuentemente vigilan el suyo propio" (Smith, 1999, libro 5, cap.1) SMITH, A., *La riqueza de las naciones* (1776), Libro V, cap. 1, Fondo Cultural Económica, Buenos Aires, 1999, pág. 89.

<sup>32</sup> RAMOS, *Roles mediadores*...op. cit., págs... 10-15. En el presente apartado nos remitimos a esta obra, en la que el autor realiza una síntesis evolutiva del gobierno corporativo. Para profundizar sobre el tema recomiendo la lectura de: Mead, ES (1928). *Corporation Finance*, 6th Edition, Appleton, New York, London; Berle, A. A., *Corporate powers as powers in trust*, Harvard Law Review, 1931, págs. 1049-1074; Coase, R., *The nature of the firm. Economica*, 4(16), 1937, págs.386-405.

que se creaban en las complejas acciones de inversión, reinversión y manejo accionario, obligando a las empresas a la entrega de información sobre su situación económica y políticas de financiamiento; 2) la segunda, la “Investment Advisers Act of 1940”, que en su Sección 8 recomienda que “un comité de miembros externos al directorio nomine a los auditores independientes y se ocupe de los detalles relativos a la auditoría.”<sup>33</sup>

La expresión “gobierno corporativo” la utilizó por primera vez Richard Eells (1960)<sup>34</sup> en referencia a la estructura y funcionamiento del sistema de Gobierno de las corporaciones, en su obra “*Corporate Governance, the structure and functioning of the corporate polity.*”

La discusión, crítica y exposición de principios, criterios y leyes, se agruparon bajo la frase *corporate governance*, con el objetivo de mejorar las prácticas de gobierno de las grandes sociedades, afrontando los problemas originados por la separación entre la propiedad representada por un accionariado disperso y el poder ostentado por el *management* con amplias competencias, situación que no obstante no se verifica en nuestro entorno latinoamericano, en donde la propiedad accionarial de las grandes compañías, está en poder de un número reducido de accionistas.

La urgencia de establecer reglas claras sobre GC surge a raíz de los cambios económicos en la década de los ochenta. Principalmente, se desata una fiebre de privatizaciones en Reino Unido, España, Hungría, Checoslovaquia, Chile, Polonia, Rusia, Argentina, Chile, Perú, Ecuador y otros. Los escándalos financieros en Estados Unidos (Enron, World.Com, Tyco, Global Crossing, Xerox, Adelphia, QWest), Francia (caso Vivendi), Alemania (caso Mannesmann), Holanda (Ahold), Italia (caso Parmalat) y España (caso Banesto, Gescartera y Eurobank), impulsaron la creación de normas sobre GC. No sin razón, el Global Reporting Initiative (GRI), iniciativa que, a instancias de Naciones Unidas, desarrolla y publica una Guía Global de Sostenibilidad, acentúa la relevancia del gobierno corporativo en un marco de sostenibilidad.

<sup>33</sup> ASTORGA, C., *Gobierno corporativo como instrumento de valor* (Tesis), Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2010, pág. 10.

<sup>34</sup> EELLS, R.S.F., *The Meaning of Modern Business: An Introduction to the Philosophy of Large Corporate Enterprise*. Columbia University Press, New York, 1960, pág. 106.

En 1973, como consecuencia del escándalo Watergate y de las investigaciones que con relación al mismo se llevaron a cabo, se descubrió que algunas sociedades estadounidenses habían realizado durante los años anteriores, contribuciones ilegales a la financiación de la campaña electoral del Presidente Nixon, así como pagos de sobornos a altas personalidades de gobiernos extranjeros. Por esta razón, en 197 se dicta *la Foreign Corrupt Practices Act* que estableció una serie de medidas de carácter contable con el objetivo de poner fin a determinadas conductas fraudulentas.

A comienzos de 1985, con el fin de proporcionar una orientación sobre gestión del riesgo empresarial, el control interno y la disuasión del fraude, se crea *The committee of Sponsoring Organizations of The Treadway Comisión* (COSO), formado como alianza de 5 organizaciones profesionales: The Financial Executives Internacional (FEI), The American Accounting Association (AAA), The American Institute of Certified Public Accountants (AICPA), The Institute of Internal Auditors (IIA) y The Institute of Management Accountants (IMA), conocido formalmente como la Asociación Nacional de Contadores.

La efectividad en el control sobre la Gerencia y el rol de los auditores son compromisos que servirán de ejes normativos de los códigos de las buenas prácticas de gobierno corporativo; que empezaron a ser adoptadas a partir de este informe a nivel global, constituyéndose el Reporte y Recomendaciones de Cadbury del año 1992 en el *benchmark* para estos códigos de buenas prácticas. Según este Informe, el *Corporate Governance* es: el sistema mediante el cual se dirigen y controlan las sociedades, no solo para buscar soluciones para proteger al accionista individual, sino la eficiencia de la empresa y de los mercados, dotando a la sociedad anónima de una mayor eficiencia en la gestión y en el control de esta gestión, con el objeto de generar confianza en los inversores en los mercados bursátiles, para de esa forma evitar la huida hacia otros mercados que inspiren mayor confianza y/o atraigan recursos de inversores extranjeros<sup>35</sup>.

El informe dio origen a la creación de importantes códigos de GC por parte de la *American Bar Association* (ABA) y el *American Law Institute* (ALI), que impulsaron mesas de trabajo

<sup>35</sup> BECHT, M., et alt., *Corporate Governance and Control. ECGI—Finance Working*, 2005, Paper 02, pág. 23.

para elaborar textos que contuvieran propuestas que sirvieran de referencia sobre distintos aspectos relativos al Corporate Governance, relacionados con los administradores de la sociedad, como a los jueces y a los legisladores. Entre estos documentos caben destacarse: El Corporate director's Guidebook y, en 1994 lo que se denominó Principios de Corporate Governance: Análisis y recomendaciones, que siguen la línea de la escuela institucionalista antes estudiada, en la mayoría de sus postulados<sup>36</sup>.

En Europa, el Gobierno Corporativo, ha sido estudiado, no sólo en los informes Cadbury<sup>37</sup>, sino también en el Código de Olivencia y el Informe Aldama en España<sup>38</sup>, el Código combinado de Gobierno Corporativo<sup>39</sup> (Reino Unido), El Gobierno Corporativo de las empresas cotizadas en Francia, el Código Alemán de Gobierno Corporativo, Código Holandés de Gobierno Corporativo, el Código Suizo de mejores prácticas para el gobierno corporativo, etc. En nuestra América del Sur, por el Libro Blanco sobre Gobierno Corporativo<sup>40</sup> en Latinoamérica y por el Código Andino de Gobierno Corporativo<sup>41</sup> y en Ecuador en base a las reformas a la LC sobre GC que aún no entran en debate a la Asamblea Nacional.

<sup>36</sup> American Bar Association (ABA), *Guía del Director Corporativo*, 2008.

<sup>37</sup> El Informe de Cabbury es fruto de los trabajos realizados en 1991 por un Comité en el Reino Unido, integrado por Consejo de Información Financiera, la Bolsa de Londres y la Profesión contable, para analizar los aspectos financieros y de control de las sociedades, en especial sobre la organización y responsabilidad de los administradores, los derechos y obligaciones de los accionistas, y la regulación de las auditorías y de la profesión contable. En España ha sido publicado en el Boletín del Instituto de Contabilidad y de Auditoría de Cuentas (BOICAC), nº 18, septiembre de 1994, p. 93-139. Puede consultarse para mayor información en: GONZÁLEZ, E., Análisis ético del informe Cadbury: Aspectos financieros del gobierno de las sociedades, Castellón, Universitat Jaume I, Papeles de Ética, Economía u Dirección, N. 5, 2000.

<sup>38</sup> Aldama E., Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, Madrid, 2003

<sup>39</sup> Una excelente referencia bibliográfica y un análisis del el Código combinado de Gobierno Corporativo (Reino Unido), El Gobierno Corporativo de las empresas cotizadas en Francia, el Código Alemán de Gobierno Corporativo, Código Holandés de Gobierno Corporativo, el Código Suizo lo encontramos en: AGUDO, I., et al., Códigos de buen gobierno: Análisis comparativo. Especial incidencia en el caso español, *Revista de ciencias sociales APOSTA*, No. 46, 2010.

<sup>40</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), *Whiter Paper sobre gobierno corporativo en América Latina*, Santiago de Chile, 2013.

<sup>41</sup> CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), *Código Andino de Gobierno Corporativo*, Interdin, 2004.

En la línea de relaciones contractuales<sup>42</sup>, Shleifer & Vishny (1997) determinan que la esencia del gobierno corporativo debe ser la protección del capital, mediante mecanismos legales. Esta protección se ejerce a través del control que los dueños sobre la Administración. De la misma forma, Blair (1995) y Hallock & Murphy (1999) proponen que los Gobiernos Corporativos estén relacionados con los medios para asegurar los retornos de los fondos que proporcionan los accionistas y los inversionistas en una empresa.

Actualmente, los principios del CG se han amalgamado en un conjunto de normas a nivel legislativo, como en Alemania<sup>43</sup> (*KonTraG*), Italia<sup>44</sup> (*Testo Único*), España<sup>45</sup> (Ley 26/2003) y Chile.<sup>46</sup> (Ley 19705).

Del lado latinoamericano, los principios y normas de GC se encuentran claramente desarrollados en el Código Andino de Gobierno Corporativo elaborado por la CAF (Banco de Desarrollo de América Latina). Este libro ha sido un extraordinario esfuerzo desplegado por la Organización para la cooperación y el desarrollo económicos (OCDE) y principalmente del Centro para la cooperación con países no miembros de la OCDE. Este white paper con base a los principios de gobierno corporativo de la OCDE, examinó la importancia de un buen gobierno corporativo para la región, discutió las tendencias y características particulares de este y fijó las recomendaciones en cuatro reuniones celebradas en Brasil en el año 2000, Argentina en el 2001, México 2002 y finalmente Chile en el 2003. Fruto de estos trabajos, por ejemplo, en Colombia, la Confederación de Cámaras de Comercio (Confecámaras) ha liderado una iniciativa para promover los principios de Buen

<sup>42</sup> Una síntesis de los aportes de Shleifer & Vishn, así como de Hallock & Murphy, en: CALDERÓN, M., *Gobierno corporativo en las empresas familiares peruanas: caso de estudio en el sector textil*, Centrum, Surco, 2007.

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. y HERNÁNDEZ, F. El gobierno de las sociedades cotizadas: situación actual y reformas pendientes. N°56. Papeles de la Fundación, 2000, pág. 17. KONTRAG es la abreviación alemana de la frase "*Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich*" y que se traduce como Ley de Control y Transparencia Empresarial. Corresponde a las medidas que adopta la legislatura alemana frente a las crisis financieras y corporativas. Entró en vigor el 05 de marzo de 1998 y modificó la ley mercantil, lo que en Ecuador se denomina Ley de Compañías.

<sup>44</sup> El *Testo Único* (en italiano, texto único). En asuntos de Gobierno Corporativo es un cuerpo normativo consolidado. Aprobado por el Congreso italiano, mediante Decreto Legislativo No. 58 de 24 de febrero de 1998.

<sup>45</sup> La Ley 26/2003, de 17 de julio, modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

<sup>46</sup> Esta Ley norma expresamente las ofertas públicas de adquisición de acciones (opas) y establece régimen de gobiernos corporativos



Gobierno Corporativo, a través de la formación de directores, auditores, emisores, medios de comunicación e intermediarios en asuntos relacionados con el Gobierno Corporativo<sup>47</sup>

De la experiencia colombiana, la CAN (Comunidad Andina de Naciones: Colombia, Ecuador y Perú), ha analizado los Principios y marco de referencia para la elaboración de los lineamientos para un Código Andino de Buen Gobierno Corporativo (Eficiencia, equidad y transparencia en el manejo empresarial). Es un paso enorme la propuesta de la Confecamaras CIPE<sup>48</sup>, en Colombia, en agosto de 2002, y los Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas<sup>49</sup>, y la conformación del Comité Ejecutivo Nacional (CEN) de Buen Gobierno Corporativo<sup>50</sup> por parte de Ecuador, a través de la Bolsa de Valores de Quito. El objetivo es poner a consideración de las empresas de la región, operadores de los mercados de capital y responsables de políticas públicas, un conjunto de normas básicas que constituyen las bases para un buen gobierno corporativo.

En 2004, la Bolsa de Valores de Quito fue designada como contraparte nacional del Proyecto Andino de Gobierno Corporativo se constituyó en Quito el Comité Ejecutivo Nacional de Buen Gobierno Corporativo, cuya creación fue motivada por "la conveniencia de promover las prácticas de buen gobierno corporativo, a efectos de que las empresas del país alcancen estándares internacionales; con el ánimo de estimular los mejores niveles de gestión, dirección y administración empresarial.

<sup>47</sup> GUTIERREZ, P., Colombian Chambers of Commerce Confederation / Confecamaras. Estudio de Gobierno Corporativo en América Latina, Bogotá, 2004, pág. 46.

<sup>48</sup> CONFECÁMARAS-CIPE, *Principios y marco de referencia para la elaboración de un código de buen gobierno corporativo*, Bogotá, 2002. De igual manera, el Centro Internacional para la Empresa Privada CIPE y la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio CONFECAMARAS, presentaron un documento importante, con el fin de evaluar el buen gobierno corporativo propuesto en Colombia: CONFECÁMARAS-CIPE, *Experiencias exitosas de gobierno corporativo en la región andina*, Bogotá, 2007.

<sup>49</sup> SUPERINTENDENCIA DE MERCADO DE VALORES DE PERÚ, *Código de buen gobierno corporativo para las sociedades peruanas*, Lima, 2013.

<sup>50</sup> El CEN se crea en Quito en abril de 2004, y está integrado por las bolsas de Valores de Guayaquil y Quito, los principales gremios de la producción en los sectores industrial, comercial y de la construcción, por las superintendencias de Compañías y de Bancos, la Asociación de Bancos Privados, el Fondo de Solidaridad, la Asociación de Compañías Administradoras de Fondos y Fideicomisos, la Asociación de Mutualistas, la Asociación de Casas de Valores ASOCAVAL, etc.; la Bolsa de Valores de Quito ejerce la secretaría técnica del CEN.

La Corporación Andina de Fomento (CAF), en asociación con la Bolsa Boliviana de Valores, Confecámaras, la Bolsa de Valores de Quito, Procapitales y la Asociación Venezolana de Ejecutivos, crea el documento Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo. Contiene un conjunto de medidas para mejorar las prácticas empresariales. Este documento<sup>51</sup> contiene 51 medidas concretas, dinámicas y aplicables a cuatro grandes grupos de sociedades: sociedades cotizadas con una amplia base accionarial (más de 500 accionistas), denominadas grandes compañías; sociedades admitidas a cotización en una bolsa de valores denominadas empresas listadas; sociedades anónimas y abiertas; y, sociedades cerradas.

Los 51 lineamientos están agrupados en cinco importantes áreas. I. Derechos y trato equitativo de los accionistas (6 lineamientos) II. La asamblea general de accionistas (12 lineamientos) III. El directorio (24 lineamientos) IV. Información financiera y no financiera (8 lineamientos) V. Resolución de controversias (1 lineamiento)

En 2011, entran en vigencia en el Ecuador los “principios de un buen Gobierno Corporativo”, basados en las recomendaciones del Comité de Supervisión bancaria de Basilea, con el propósito de obligar a las instituciones del sistema financiero a adoptar buenas prácticas de gobierno Corporativo y de transportar los modelos de rendición de cuentas, y así evitar una nueva crisis financiera como la ocurrido en 1999 por el feriado bancario decretado por el ex presidente Jamil Mahuad<sup>52</sup>.

En Ecuador urge la creación de una norma legislativa que regule el GC. En este sentido, tiene un papel importantísimo la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y la amplia aplicación de la Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la información pública.

## **1.5 MODELOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO**

Los sistemas o modelos de gobierno corporativo dependen del sistema legal, reglamentario

<sup>51</sup> La CAF aportó con un valioso contingente de principios para el gobierno corporativo en Ecuador, primero en 2004 y luego en el 2010: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), *Lineamientos para el buen gobierno corporativo de las empresas del estado*, 2010.

<sup>52</sup> BOWEN, M., *El gobierno corporativo y su aplicación en los bancos privados del Ecuador, periodo 2012-2013*, Guayaquil, 2014, pág. 8.

e institucional del país o región en donde se desarrollan, Y es que el marco legal actúa como un factor que protege de los derechos del inversor y el desarrollo de los mercados financieros.<sup>53</sup> El derecho corporativo distingue dos modelos de GC, el anglosajón (EE. UU e Inglaterra), y el alemán (muy en boga en el continente europeo), y algunos autores añaden un tercero, el japonés. (*Ooghe y De Langhe*).

### 1.5.1 Anglosajón

El modelo anglosajón o sistema del accionista, se deriva del sistema del *Common Law*, con una legislación más flexible, con prácticas comunes e interpretaciones judiciales previas de la ley y unos reglamentos que tienen aplicabilidad en los litigios. Asimismo, se caracteriza por tener un mejor sistema institucional, menores niveles de corrupción y costes más eficientes.<sup>54</sup>

La propiedad de las corporaciones se encuentra dispersa entre un gran número de accionistas, poseen estructuras de gobierno que buscan proteger los intereses de los inversores, cuentan con unos mercados financieros y de capitales muy desarrollados donde la propiedad y los derechos de propiedad son negociados de una forma intensa y donde son frecuentes las ofertas públicas de adquisición.

Sus principales características son:

- a. Mercados de capital desarrollados y con un importante papel en la economía.
- b. Los Bancos no juegan un papel importante en la empresa ni como fuente de financiación ni como accionistas.
- c. Propiedad muy dispersa, las acciones se encuentran repartidas entre un número bastante grande de accionistas.
- d. La protección legal es elevada por lo que existe una mayor protección de los

<sup>53</sup> Según ASTORGA, C., *Gobierno corporativo... op. cit.*, pág. 46: “los accionistas, en un gesto de credibilidad, entregan sus recursos a la empresa con el objeto de que esta invierta en activos especializados para el beneficio de la firma y así no expropiar a los stakeholders de sus activos, con el claro beneficio para los accionistas de poder diversificar el riesgo”.

<sup>54</sup> El análisis de los tres modelos, con énfasis en el modelo anglosajón lo encontramos en: LA PORTA R., LÓPEZ DE SILANES F., SHLEIFER A., VISHNY R; *Investor Protection and Corporate Valuation*, Harvard University, 2000; RIVAS, C., WOLLETER, A., Y YAÑEZ, P., *Hacia un Modelo de Gobierno en Chile*, Universidad de Chile, 1996.

pequeños accionistas.

- e. Como consecuencia de la elevada protección legal, la calidad de la información financiera es alta.

Este sistema de GC se ha plasmado en los Código del Buen Gobierno de países como: Inglaterra (Informe Cadbury (1992), Informe Greenbury (1995), Informe Hampel (1998), Código combinado (2000, 2003 y 2009); Canadá: Código desarrollado por el comité de la Bolsa de Toronto (1994); Australia: Bosh Report (1995), Principios de Buen Gobierno y Recomendaciones de Buenas Prácticas (2007); EE. UU: Principios Globales de Gobierno Corporativo (1999), Principios de Gobierno Corporativo (2002), Principios fundamentales para el fortalecimiento del Gobierno Corporativo en las empresas que cotizan en bolsa en EEUU (2002).

### 1.5.2 Alemán

El modelo alemán, o sistema continental, surge de la ley civil y remotamente del *ius romani*. Los corporativos son conscientes que las leyes son dictadas por los parlamentos y las asambleas y aplicadas por los jueces. A nivel financiero, se lo conoce también como "Modelo Corporativo Emprendedor" o "basado en intermediarios financieros."<sup>55</sup>

De otro lado, la propiedad está concentrada en manos de familias o bancos; el mercado financiero es menos desarrollado y la protección a los inversores no es suficiente, a causa de la subordinación de los intereses de los accionistas a los de los propios directivos. Es lo que sucede en España: en la mayoría de medianas empresas, los accionistas son grupos familiares (Fernández-Rodríguez et al., 2004), hasta el punto que, por ejemplo, os tres mayores accionistas llegan a poseer el 50% de las acciones de la empresa.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> De hecho, el Código Alemán de Gobierno Corporativo, promulgado, promulgado el 7 de mayo de 2002, propuesto por la Comisión Gubernamental, en sus 7 puntos procura conservar la tríada de Parlamento, Asamblea y aparato judicial. De otro lado, según, Wixforth, citado por HELLOWIG, *On the Economics & Politics of Corporate Finance & Corporate Control*, Ed. Cambridge University Press, 2000, la tenencia accionaria de los bancos en los grupos empresariales decrece desde la década de los años 20.

<sup>56</sup> LA PORTA R., et al., *Investor Protección...op. cit. pág.76*.

Ahora bien, no siempre se aplica del mismo modo en todos los países que acogen este modelo. Por ejemplo, en Francia se protege poco los derechos del inversor, mientras que en Alemania y escandinava se localizan en un nivel medio.

Podemos establecer las siguientes características comunes:

- a. Mercados de capitales poco desarrollados y con un papel débil en la economía.
- b. Los Bancos son la mayor fuente de financiación y además poseen una fuerte posición como accionistas.
- c. Propiedad más concentrada, en manos de grandes accionistas, grupos de familias, organizaciones financieras o de otras compañías en otros sectores
- d. La protección legal de los accionistas es bastante baja, por lo que los pequeños accionistas pueden ser fácilmente víctimas de la expropiación de sus acciones por parte de los grandes accionistas o por los directivos.
- e. Como consecuencia de la debilidad de la protección legal y del bajo riesgo de litigio, la calidad de la información financiera puede verse dañada severamente como consecuencia de la manipulación de las prácticas contables.
- f. Existe una menor confianza en la información financiera.

Los países que han elaborado sus Código de Buen Gobierno según el modelo alemán, son los siguientes<sup>57</sup>: Francia: Informe Vienot I (1995) y II (1999), Código de Gobierno de empresas que cotizan en bolsa (2008); Países Bajos: Informe Peters (1997), Código Neerlandés de Gobierno Corporativo (2008); Bélgica: Informe Cardon (1998), Código Belga de Gobierno Corporativo (2004, 2009); Italia: Informe Preda (1999), Código de Gobierno Corporativo (2002), Código de Gobierno Corporativo (Codice di Autodisciplina) (2006); España: Informes Olivencia (1998), Aldama (2003), Código Unificado (2006).

<sup>57</sup> El texto de los Códigos de Buen Gobierno lo podemos encontrar en formato pdf en: <http://www.confecamaras.org.co/cooperacion-y-competitividad/gobierno-corporativo/173-codigos-de-buen-gobierno-de-otros-paises>

### 1.5.3 Japonés

Denominado como "Modelo Corporativo de grupo Industrial" o "Basado en un grupo Industrial". Japón estaba al margen de occidente desde el siglo XVII hasta mediados del siglo XIX. En 1854 desembarca el comodoro Mathew Perry y con ello la economía del Japón se abre al comercio mundial. Desde 1904 surgen las Mega corporaciones llamadas “*zaibatsu*”, que controlaban, con apoyo del estado, las rutas de distribución de los productos. En 1994 se produce la creación de los “*Main Bank System*”, como *Holdings Companies*, que permiten la interconexión de las juntas directivas de los bancos y las empresas.<sup>58</sup>

El modelo japonés de gobierno corporativo cambia después de la segunda guerra mundial a consecuencia de la utilización eficiente de los excedentes de ahorro que se canalizaron a través del sistema de gobierno corporativo desarrollado por el gobierno del Japón, por los bancos y los grupos de empresarios. En efecto, en 1997 los “*zaibatsu*”<sup>59</sup> modificaron su estructura dando lugar a los “*keiretsu*”, modelo empresarial a modo de coalición de empresas unidas por ciertos intereses económicos, con la industria y la banca.

EL modelo japonés, como afirma Indacochea<sup>60</sup>, tiene en común con el modelo alemán es que la prioridad la tienen los trabajadores y las empresas aceptan no sólo compromisos con los accionistas del negocio sino con el resto de los “*stakeholders*”; (gobierno, la comunidad, clientes, proveedores, entre otros.), lo cual podría ser denominado un capitalismo de *stakeholders*”.

La propiedad la tienen los grandes grupos empresariales denominados los *kiereitsu* y en Alemania los trabajadores y grandes bancos.<sup>61</sup>

Sus características básicas se resumen en los siguientes presupuestos:

<sup>58</sup> BOWEN, M., *El gobierno corporativo...* op. cit. pág. 13

<sup>59</sup> Para el conocimiento más amplio del modelo japonés podemos remitirnos a las siguientes obras: DRUCKER, *La Administración del Siglo XXI*, Ed. Sudamericana, 1999, PATRICK, *How the Japanese financial system & its Main bank system have dealt with generis issues of financial development*, Ed. Columbia University Press, 1997.

<sup>60</sup> INDACOCHEA, A., *El gobierno corporativo en las empresas familiares: el protocolo familiar*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1007, pág. 7.

<sup>61</sup> DRUCKER P., *Will Europe and Japon reform their corporate governances*, Forbes Global Business & Finance, 1998, págs. 62-69.

- a. Funciona alrededor de un banco principal y que, para asegurarse el repago financiero, cruzan los paquetes accionarios de las empresas y las juntas directivas.
- b. Permite el uso adecuado de los excedentes del ahorro que lleva a mantener muy buenas relaciones entre los grandes bancos y las industrias, además se adopta la evaluación de riesgo de crédito.

El conjunto de principios y normas básicas del GC japonés está resumido en los siguientes documentos:<sup>62</sup>

- Principios de Gobierno Corporativo (1997, 2001).
- Principios de Gobierno Corporativo para empresas que cotizan en bolsa (2004).

## **1.6 OBJETIVOS DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO**

El GC es como una carta de navegación para la empresa, que especifica cómo deben ser manejada y controlada la empresa. Allí define lo relacionado a su gestión, al máximo órgano social, los administradores y difusión de información.

Pero el diseño supone establecer objetivos claros, esto es, hacia donde se dirige la empresa con un GC. Para ello, debe tener presente, por ejemplo, que uno de los aspectos que los miembros de una compañía deben cuidar, además de controlar la eficiencia de la gestión, la mejora de los procesos y el cumplimiento normativo, es la información. Todo GC está estructurado para protegerla. De ahí que se intente a toda costa evitar la manipulación de información como consecuencia de un mal manejo de la ética en una empresa. Otro aspecto que se tiene presente a la hora de establecer una gobernanza mercantil estar todos de acuerdo en el progreso organizacional al que se llegue de acuerdo con los objetivos y metas planteadas.

<sup>62</sup> El texto completo en formato pdf de estos Códigos los encontramos en:  
<http://www.confecamaras.org.co/phocadownload/GobiernoCorporativo/urgentrecommendations1997.pdf>;  
<http://www.confecamaras.org.co/phocadownload/GobiernoCorporativo/principleslistedcompanies2004.pdf>.

No es menos cierto también que los involucrados en una empresa buscan garantizar la sostenibilidad de la organización, principalmente desde su dimensión económico-financiero, como soporte de las demás acciones sociales, negócias, ambientales, públicas o privadas, o de promover una ética que ayude a los accionistas, directivos y empleados a prevenir posibles irregularidades que pudieran producirse en la compañía.

Tampoco se deja a un lado el hecho de potenciar la transparencia y aseverar la fiabilidad de la información financiera publicada y proporcionar un marco eficaz para el Gobierno Corporativo, estableciendo las políticas y normas internas necesarias. En este caso, se busca también integrar a los grupos de interés en el modelo de Gobierno Corporativo para fomentar la colaboración y cooperación con el objetivo de creación de riqueza. Estas consideraciones nos demuestran que el GC de una compañía debe tener claro sus objetivos.

Para Bernal<sup>63</sup>, los objetivos del gobierno corporativo son: Institucionalizar la toma de decisiones; mejorar la gestión empresarial; lograr ventajas competitivas; mejorar el acceso a mercados financieros; contribuir a la generación de valor. Considerando el aspecto personalista y de capital de las compañías, podemos establecer los siguientes objetivos generales de todo GC aplicable al Ecuador:

**a. Mayor valoración de las empresas:**

Es importante que el Estado en donde se encuentre la compañía procure establecer reglas claras en materia de inversión de capitales, impuesto a la entrada y salida de divisas, importación y exportación, aranceles a materias primas, legislación laboral y societaria, acceso a créditos nacionales e internacional. Si el panorama es positivo, es decir, si existe estabilidad política, los inversionistas tendrán una mayor valoración de las empresas.

El factor riesgo siempre está presente en la intención de los inversionistas a la hora de decidirse por una o más empresas para confiar sus capitales. De ahí la urgencia que, a nivel público, los objetivos que se establezcan en un Código de GC asegure una estabilidad en la

<sup>63</sup> BERNAL, A, et al., *Gobierno Corporativo en América Latina. Importancia para las Empresas de Propiedad Estatal*. Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva, N° 6, 2012, pág. 71.



política interna. De lo contrario, las probabilidades de atraer inversión externa son mínimas y una de los principales problemas es el elevado costo de capital que pudiere llegar a existir.

**b. Mejor desempeño operacional:**

Un buen GC busca que la compañía esté bien gerenciada y bien gobernada. Y esto es un aspecto que atrae mucho a los inversionistas. A través del GC, el desempeño de las empresas es mejor en aquellas que divulgan sus estados financieros de forma adecuada y en las que la concentración de propiedad externa es mayor. El diseño de un buen desempeño tanto de los accionistas y propietarios, como de los terceros involucrados, depende que en el GC se establezca, por ejemplo, claras políticas internas y laborales, administración eficiente, asignación correcta de los activos y control en los procesos de eficiencia. La mejor forma de reconocer que el desempeño de los miembros de la compañía es óptimo se refleja en el aumento de las tasas de rentabilidad sobre los capitales del accionista y el incremento de las ventas y utilidades.

**c. Menor riesgo en crisis financieras:**

EL GC debe apuntar a generar confianza en la compañía, en sus propuestas, negocio, accionistas, administradores. De lo contrario, el riesgo financiero es alto.

Para ello, debe lograr disminuir la impresión de menor riesgo. Y esto se logra, entre otras cosas, implementando prácticas y principios como la transparencia, la rendición de cuentas, la equidad y la responsabilidad, para optimizar recursos financieros y lograr una administración inteligente de los riesgos.

De esta manera, la empresa puede contar con una estructura sólida de gobierno que refleja transparencia, constituyéndose en un candidato apto para acceder y aprovechar los recursos financieros proporcionados por el gobierno, el mercado e instituciones privadas, así como a créditos bancarios de mayor monto y menor tasa de interés. Y es que los comportamientos de las compañías pueden verse afectadas por la calidad del gobierno corporativo

implementado en épocas de crisis económicas, causando dificultades financieras graves, que tienen efectos negativos en toda la economía.<sup>64</sup>

#### **d. Óptimo desempeño de los participantes**

El GC establece el paradigma interno de cómo deben proceder los miembros o participantes de una compañía. Claro que el desempeño de estos moldea y perfecciona el Gobierno Corporativo de la empresa. Sin embargo, debe quedar claro el rol de cada uno de ellos en el Código o normativa del GC.

De esta forma, se señalan las rutas que los accionistas, administradores, consejo y juntas deben seguir. De ahí pueden darse algunas situaciones perjudiciales para la empresa, como, por ejemplo: El dueño de la empresa (accionista) es también el Gerente General y no rinde cuentas a nadie más sobre sus decisiones; los accionistas celebran reuniones donde se decide el destino de las utilidades de la empresa, así como todas las definiciones más importantes acerca de la empresa; las decisiones que toma la gerencia en la empresa son usualmente revisadas por miembros de la familia que posee la mayoría de acciones de ésta, aun cuando no son formalmente parte de la administración, el directorio se reúne en junta y solicita sin más información sobre la marcha de la empresa; la Gerencia se fija más en ser evaluada positivamente de acuerdo al cumplimiento de metas con el fin de recibir puntualmente su sueldo.

Es necesario el compromiso de los asociados y dirigentes para traslucir confianza a través de un buen GC. Y es que “un buen gobierno corporativo fortalece la certidumbre en quienes financian las inversiones u operaciones al fomentar excelentes prácticas, en las cuales el factor humano es un elemento clave en el establecimiento de políticas y normas.”<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Por lo menos es el sentir de GUZMÁN, A., Trujillo, M, *Hacia la implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo en sociedades cerradas*, Xprses Estudio Gráfico y Digital, Bogotá, 2012, pág. 204. Para afrontar tal situación proponen “una junta independiente que represente a los propietarios, supervisando y asesorando al gerente, permite salvaguardar la empresa y garantizar su éxito, o por lo menos su supervivencia en épocas de crisis”.

<sup>65</sup> BUITRAGO, H. K., BETANCOURT, M., “El gobierno corporativo como pilar fundamental para la sostenibilidad de la economía”, *Gestión & Desarrollo*, 10 (1), 2013, pág. 203.

#### **e. Mejor relación con las partes interesadas:**

Un buen GC reconoce y protege los derechos de otros agentes que tienen relación con ella, como los empleados, autoridades reguladoras, entidades financieras, proveedores, clientes, inversionistas, gobiernos locales y la comunidad en general.

Es más, la relación sana con las partes interesadas permite una mayor participación de estas, por ejemplo, en el financiamiento, inversión a corto y largo plazo, buzón de sugerencias para mejorar el proceso de aumento de capital, y, actualmente, la participación en cuestiones sociales o de medioambiente.

Es necesario pues, establecer las pautas en el GC que coadyuven a mantener, mejorar y promover estas relaciones y que beneficien a la empresa.<sup>66</sup>

### **1.7 PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO**

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), al amparo del Convenio firmado el 14 de diciembre de 1960 en París, presenta en 1999 los principios ejes de todo gobierno corporativo. En el año 2004 la OECD procede a actualizarlos.<sup>67</sup>

Estos principios constituyen “Los Principios también constituyen la base para un extenso programa de cooperación entre la OCDE y los países que no pertenecen a la misma, a la vez que sirven de apoyo al componente de gobierno corporativo de los informes sobre la observancia de códigos y normas (ROSC) del Banco Mundial”<sup>68</sup>

Estos principios no son vinculantes, pero sí constituyen buenas prácticas que deben ser adaptadas por cada país o región.

La OCDE establece los siguientes principios:

<sup>66</sup> GUZMÁN, A. y Trujillo, M, *Hacia la implementación de buenas prácticas...op.cit. pág. 205*

<sup>67</sup> CÁCERES, E., Implementación de una metodología de evaluación de la gestión del gobierno corporativo en la Banca Privada Ecuatoriana. Tesis. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2007, pág. 14

<sup>68</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), *Principios de gobierno...op. cit., pág. 4*

- Garantizar la base de un marco eficaz para el gobierno corporativo.
- Los derechos de los accionistas y funciones clave en el ámbito de la propiedad.
- Tratamiento equitativo de los accionistas.
- El papel de las partes interesadas en el gobierno corporativo.
- Revelación de datos y transparencia.
- Las responsabilidades del consejo.

A continuación, se presenta el siguiente resumen de los principios del GC, según la OCDE.

**a. Garantizar la Base de un Marco Eficaz para el Gobierno Corporativo**

El GC debe promover la transparencia y eficacia de los mercados, ser coherente con el régimen legal y articular de forma clara el reparto de responsabilidades entre las distintas autoridades supervisoras, reguladoras y ejecutoras.

En este sentido:

- Se tiene en cuenta su repercusión sobre los resultados globales de la economía, la integridad del mercado y los incentivos que genera para los agentes del mercado y para el fomento de la transparencia y eficacia en los mercados;
- Los requisitos legales y reglamentarios que afectan a las prácticas de gobierno corporativo dentro de una jurisdicción deberán ser coherentes con el régimen legal, además de transparentes y aplicables;
- El reparto de responsabilidades entre las distintas autoridades dentro de una jurisdicción deberá articularse de forma clara, garantizando que sirve a los intereses públicos;
- Las autoridades supervisoras, reguladoras y ejecutoras deberán disponer de poder, integridad y recursos para cumplir sus obligaciones con profesionalidad y objetividad. Asimismo, sus normativas deberán ser oportunas y transparentes, y contar con una explicación detallada.

## **b. Los Derechos de los Accionistas y Funciones Claves en el Ámbito de la Propiedad**

El marco para el gobierno corporativo debe amparar y facilitar el ejercicio de los derechos de los accionistas.

Entre los derechos principales de los accionistas están:

- 1) asegurarse métodos para registrar su propiedad;
- 2) ceder o transferir acciones;
- 3) obtener información relevante y sustantiva sobre la sociedad de forma puntual y periódica;
- 4) participar y votar en las juntas generales de accionistas;
- 5) elegir y revocar a los miembros del Consejo;
- 6) participar en los beneficios de la sociedad;
- 7) participar en las decisiones respecto a los cambios en los estatutos, en la escritura de constitución o en cualquier otro documento rector de la sociedad; la autorización de la emisión de nuevas acciones; y las transacciones extraordinarias, incluida la transmisión de la totalidad o de una parte sustancial de los activos que, en la práctica, suponga la venta de la sociedad;
- 8) participar de forma efectiva y de votar en las juntas generales de accionistas, debiendo ser informados sobre las normas que rigen dichas juntas, incluidos los procedimientos de votación;
- 9) permitir a ciertos accionistas, según la naturaleza de la compañía, a adquirir un grado de control desproporcionado en relación con las acciones de las que son titulares, deben hacerse públicos;
- 10) Debe facilitarse el ejercicio de los derechos de propiedad por parte de todos los accionistas, incluidos los inversores institucionales;
- 11) Todos los accionistas, incluidos los institucionales, deben tener la posibilidad de consultarse unos a otros en cuestiones que afecten a sus derechos y únicamente sujetos a las excepciones establecidas para evitar abusos.

### **c. Tratamiento Equitativo de los Accionistas**

El marco para el gobierno corporativo deberá garantizar un trato equitativo a todos los accionistas, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todos los accionistas deben tener la oportunidad de realizar un recurso efectivo en caso de violación de sus derechos.

Al respecto, cabe recalcar lo siguiente:

- 1) Cada participación en acciones otorga los mismos derechos, sin que sea necesario medir la participación de los derechos por la cantidad de acciones. Y esto debe reflejarse en las Juntas de accionistas;
- 2) Los accionistas minoritarios deberán ser protegidos frente a actos abusivos por parte, o en interés de accionistas con poder de control, que actúen de forma directa o indirecta, y deberán disponer, asimismo, de medios efectivos de recurso;
- 3) Debe eliminarse los impedimentos para el voto transfronterizo;
- 4) Debe prohibirse el uso de información privilegiada y las operaciones abusivas de autocartera;
- 5) Los directivos y miembros del Consejo deben poner en conocimiento de la compañía, vale decir, de sus propietarios, cualquier interés material que pudieran tener de forma directa, indirecta o por cuenta de terceros, en cualquiera de las transacciones o asuntos que afecten directamente a la sociedad;

### **d. El Papel de las Partes Interesadas en el Gobierno Corporativo**

El marco para el gobierno corporativo deberá reconocer los derechos de las partes interesadas establecidos por ley o a través de acuerdos mutuos, y fomentar la cooperación activa entre sociedades y las partes interesadas con vistas a la creación de riqueza y empleo, y a facilitar la sostenibilidad de empresas sanas desde el punto de vista financiero.

- 1) En general, debe respetarse los derechos de las partes interesadas establecidos por ley o a través de acuerdos mutuos y llegar a la reparación efectiva en caso de violación de sus derechos;
- 2) En relación a los empleados, debe favorecerse la participación de los empleados;
- 3) En el caso de empleados individuales y sus órganos representativos, debe permitirse que expresen libremente sus inquietudes en relación con posibles prácticas ilegales o

no éticas y sus derechos no deberán quedar comprometidos por realizar este tipo de manifestaciones;

- 4) En relación con los acreedores, el GC debe contar con un marco legal eficaz en caso de insolvencia;
- 5) Todos deben tener acceso puntual y periódico a información relevante, suficiente y fiable.

#### **e. Divulgación de Datos y Transparencia**

Esta información por lo menos debe referirse a:

- 1) Los resultados financieros y de explotación de la sociedad;
- 2) Los objetivos de la sociedad;
- 3) La titularidad de los grandes grupos de acciones y de derechos de voto;
- 4) La política de remuneraciones y la información relativa a los miembros del Consejo, incluidos sus méritos, el proceso de selección, los cargos directivos desempeñados en otras empresas y si son o no considerados como independientes por parte del Consejo;
- 5) Operaciones de partes vinculadas;
- 6) Factores de riesgo previsibles;
- 7) Cuestiones relativas a los empleados y otras partes interesadas;
- 8) Estructuras y políticas de gobierno corporativo, y en particular, el contenido de cualquier código o política de gobierno corporativo y el proceso empleado para su implantación.

#### **f. Las Responsabilidades del Consejo**

El marco para el gobierno corporativo deberá garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección ejecutiva por parte del Consejo y la responsabilidad de éste frente a la empresa y los accionistas.

A responsabilidad del Consejo se centra en las decisiones que impulsen el acrecentamiento del capital, pero también para promoción de los derechos de los accionistas, empleados, acreedores. Y se torna compleja pero no menos exigente cuando está al frente de una compañía grande. Pensamos en una multinacional, por ejemplo.

Con todo, podemos establecer las siguientes funciones del Consejo:

- 1) Actuar de buena fe, con la diligencia y atención debidas y en el más alto interés de la sociedad y de los accionistas;
- 2) Conceder un trato justo a todos los accionistas;
- 3) Tener siempre en cuenta los intereses de las partes interesadas;
- 4) Revisar y orientar, por ejemplo, la estrategia de la empresa, de los principales planes de actuación, de la política de riesgos, de los presupuestos anuales y de los planes de la empresa;
- 5) Introducir de los cambios necesarios, por ejemplo, en la selección, retribución, control, alineamiento y sustitución de los directivos principales, y la supervisión de los planes de sucesión;
- 6) El control y gestión de conflictos potenciales de interés entre directivo, miembros del Consejo y accionistas, incluida la utilización indebida de los activos de la empresa y los abusos en operaciones de partes vinculadas;
- 7) La supervisión del proceso de revelación de datos y de las comunicaciones;
- 8) Considerar la posibilidad de designar un número suficiente de miembros no ejecutivos del Consejo, con capacidad para realizar juicios independientes sobre tareas en las que pueda existir un conflicto potencial de intereses.

## **1.8 ESTÁNDARES DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO**

El término “estándar” es un anglicismo, proviene del inglés “*standard*” y significa proceso, modelo, técnica. Para el caso que nos ocupa, podemos definir los estándares de un buen gobierno corporativo como *los modelos operativos de dirección e interacción de una compañía, que permiten evaluar su fortaleza y debilidad, interna y externa, estableciendo los correctivos necesarios y oportunos*. Si hablamos de “modelo” nos referimos a una especie de paradigma a priori, de una categoría societaria de gobernanza a la que deben ajustar su accionar los miembros de una compañía y su accionar empresarial. En este sentido, constituye el marco referencial para todo tipo de gobierno de la empresa. Pero es un modelo “operativo”, esto es, establece la “forma” cómo debe actuarse *ad intra* (administrador, accionistas) de la compañía y *ad extra* de la misma, sobre todo con los interesados (inversionistas, acreedores, gobiernos locales, sociedad, auditores).



La operatividad es un aspecto importante en la empresa, pero esta se realiza teniendo como faro la “dirección e interacción de la compañía”. Como guía de dirección, es preciso seguir la ruta establecida en el Código del buen GC de la empresa para que el accionar de los administradores, por un lado, no se desvíe del interés de los propietarios y tengan la independencia para tomar decisiones oportunas y eficientes por el bien de la compañía; y, por otro, los propietarios (accionistas), además de preocuparse por el acrecentamiento del capital, deben estar prestos a recibir las directrices de los administradores.

Los estándares permiten “evaluar” la fortaleza y debilidad tanto interna como externa. Esta evaluación pasa por la identificación de las fortalezas y debilidades administrativas, financieras, contables, de interacción (con los inversionistas, por ejemplo), su caracterización (junta general, directorio, inversión, empleados, etc.), comparación con los aciertos y desaciertos de periodos anteriores, el descarte de los errores y la potencialización de los aciertos.

El descarte de los errores administrativos, financieros, contables, de inversión pasan por la operación correctiva in situ sin dejar que pase el tiempo (oportunos), considerándolos necesarios (importantes) para la buena marcha de la empresa. Es por ello que, al hablar de buen GC, se hace hincapié en las “buenas prácticas” de gobernanza corporativa, que no es otra cosa sino lo que una empresa debe y no debe de hacer a nivel societario.

Los estándares de las empresas nacionales, no obstante, toman como referencia los estándares internacionales de auditoría, contabilidad y transparencia, con el fin de no caer en precarias prácticas empresariales, o “un mercado de capitales completamente desregularizado y un abandono de la verdadera misión de las juntas directivas corporativas, fomentando el desconocimiento de los derechos de los inversores.”<sup>69</sup>

¿Qué estándares o modelos operativos comunes podemos establecer para el buen GC? Los 51 lineamientos propuestos por la CAF, y expuestos supra, permiten elaborar y reconocer los estándares apropiados para cada empresa o grupos de empresas, de acuerdo a su actividad,

<sup>69</sup> CÁCERES E. (2007). *Implementación de una metodología...* op. cit., pág. 12

tamaño, región y capital. La CAF propone implementar estándares en tres espacios relacionados con: 1) la propiedad (medidas 1, 3,9, 10 y 13); 2) el directorio y la gerencia (medidas 19, 24, 29, 32 y 41); y, 3) y a transparencia. (Medidas 43, 44, 50).

Ahora bien, los estándares no son moldes petrificados, sino dinámicos, perfectibles, de acuerdo a las circunstancias internas y externas de la compañía (crecimiento de accionistas, mayor volumen de capital, mayor inversión nacional o extranjera, empleados). De otro lado, es lógico que los estándares no se aplican de la misma forma para las empresas familiares que para las medianas o grandes. Algunos de estos parámetros servirán como “norma” para unas compañías, o como punto de referencia para otras, sobre todo, para las pequeñas y de carácter familiar.

El aspecto dinámico de los estándares se logra en base al conocimiento y práctica de los distintos documentos legales de la empresa como son los estatutos, los reglamentos de directorio o de Asamblea, así como los diferentes reportes de información que ella prepara para consumo interno o para divulgación pública.

A continuación, se exponen tres parámetros macro del buen GC.

### **1) Estándares relacionados con la propiedad**

Se refiere a la parte que posee el poder “económico”, el capital de la compañía: los accionistas, así como al espacio en donde se toman las decisiones más trascendentales: la Asamblea, en igual de condiciones.

#### **a. Principio de igualdad de voto (Medida 1)**

Con ello se quiere evitar las discriminaciones de los accionistas mayoritarios frente a los minoritarios y más bien se establece la proporción que debe guardar el porcentaje de la participación en el capital con los correspondientes derechos de voto. Entonces, se reconoce el derecho de una acción un voto, de modo que a una misma participación en el capital social de una empresa se atribuya los mismos derechos de voto. Este axioma no niega la existencia distintas clases de acciones. De hecho, la empresa supone que existentes accionistas mayoritarios y minoritarios.

### **b. Aspectos sobre la celebración de la Junta de Accionistas**

En la evaluación del GC de la compañía importa mucho señalar si los accionistas ejercieron su derecho a convocar y ser convocados a la Junta General, de acuerdo a su participación significativa del capital, con el fin de conocer la marcha de la empresa y la posibilidad de proponer sugerencias u oponerse a las directrices de los administradores. La asamblea general presupone pues la convocatoria, el quorum reglamentario y el régimen de toma de decisiones (por mayoría absoluta, por ejemplo).

Es un requisito *sine qua non* que la convocatoria sea conocida por los accionistas de cualquier forma y no ser marginados por su desconocimiento de la asamblea general, es decir “fijen el plazo, los medios de convocatoria, el contenido mínimo del anuncio, y el detalle de los puntos contenidos en la agenda, de modo que se facilite al máximo la asistencia del mayor número de accionistas y la comprensión de todos los asuntos contenidos en la agenda, evitando menciones genéricas” (Medida 10).

Respecto a la Asamblea, debe “celebrarse en un plazo razonable y respetando íntegramente la Agenda propuesta por los promotores.” (Medida 9).

La presencia de los accionistas en la junta general es de vital importancia para la empresa. En el estatuto deben estar claro, por tanto, “procedimientos necesarios para promover la participación activa de los accionistas en la Asamblea General (Medida 13).

### **2) Relacionados con el Directorio y la gerencia**

La fortaleza del órgano de dirección y sus componentes administrativos y gerenciales, constituyen el caballo de troya para muchas compañías. Por ello, es necesario establecer el modelo de gestión del directorio y de la gerencia, su necesidad, incluso de los directores externos, su adecuada remuneración y la información que deben realizar a los propietarios respecto de las transaccionales pasadas, presentes y futuras.

#### **a. La necesidad de tener un Directorio**

Toda compañía, abierta o cerrada, pequeña o grande, debe tener un Directorio con un número de miembros que sea suficiente para el adecuado desempeño de sus funciones. “Se considera deseable que la composición del Directorio guarde una cierta simetría con la estructura accionarial de la empresa.” (Medida 19).

#### **b. Acerca de los directores externos**

“El Directorio podrá estar integrado por directores internos y externos, que podrán ser independientes o no independientes”. (Medida 24). En general, un miembro del directorio es independiente cuando no es trabajador, socio o accionista de la empresa y no es socio de los clientes de la misma. La estructura accionarial de la sociedad es la medida para designar el número correcto de directores. Lo normal es que sea un directorio mixto (internos y externos). En todo caso, es posible que el Directorio esté formado en su totalidad por directores externos, que en todo caso serán siempre una amplia mayoría.

#### **c. Comunicación de los conflictos de interés**

La obligación del Directorio comunicar a la Comisión de Nombramientos y Retribuciones “cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener frente al interés general de la empresa.” (Medida 29).

#### **d. La retribución de los directores**

“Como principio general se sugiere que, para el buen funcionamiento de una empresa, el Directorio debe estar suficientemente remunerado” (Medida 32). La política de retribución se fija en base al informe previo de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, debe fijar la política de retribución de los directores según principios de moderación y rendimiento.

#### **e. Competencia en materia de control de las operaciones vinculadas: autorización de operaciones vinculadas**

Las transacciones corren de cuenta del Directorio, sobre todo si se trata de “cualquier transacción directa o indirecta entre la compañía y un accionista significativo” (Medida 41), El Directorio debe evitar que los accionistas mayoritarios abusen de su posición privilegiada

para obtener ventajas especiales. Tal situación debe ser comunicada y valorada por el Directorio a la Asamblea. Es lógico que media el informe previo de tales circunstancias a la Comisión de nombramientos y Retribuciones. Dicha información debe compartirse valorando la igualdad de trato de los accionistas y las condiciones de mercado.

Al respecto, es importante rescatar la experiencia colombiana en este punto. Este país estaba rezagado en cuestión de inversiones. En el 2011, contrataron a JG Morgan para que realice encuesta telefónica a inversionistas. Estos no invertían en las compañías colombianas por que no estaban claras las reglas, y sugerían “mejorar la protección legal de los inversionistas implementando estructuras de un solo tipo de acciones (evitando la emisión de acciones preferenciales sin derecho a voto), y revelar información sobre la compensación de los ejecutivos y directores, así como su nivel de independencia.”<sup>70</sup>

### **3) Relacionados a la transparencia**

Tiene mucho que ver con el tema de la revelación de información. Es innegable que este estándar es un punto a favor para las compañías si quieren atraer inversionistas. Estos exigen mayor transparencia y mejor nivel de información y algo muy obvio en un mundo globalizado: la información debe estar disponible en inglés.<sup>71</sup>

#### **a. Aplicación de principios contables**

Plantea que el Directorio formule los estados financieros mediante la adecuada utilización de los principios contables contenidos en las normas internacionales de contabilidad, de manera tal que no haya lugar a salvedades por parte del auditor y que los riesgos asumidos por la compañía queden totalmente identificados sobre la base de criterios de prudencia. (Medida 43).

La información debe ser veraz, actual, oportuna, rápida, en cantidad y calidad.

<sup>70</sup> GUZMÁN V. y TRUJILLO M., Lineamientos de Gobierno Corporativo en Revelación y Transparencia/ Alexander Bogotá: CESA-Colegio de Estudios Superiores de Administración-. Editorial CESA, Bogotá, 2016, pág. 22.

<sup>71</sup> CÁCERES E., Implementación de una metodología...op. cit., pág. 22.

### **b. Nombramiento de auditor externo**

Es necesaria la existencia de un auditor externo independiente a propuesta del Directorio, previa recomendación del Comité. “Nombramiento de auditor externo de Auditoría, sin que se pueda proponer auditores que hayan sido objeto de inhabilitación o cualquier otro tipo de sanción.” (Medida 44).

### **c. Informe sobre Gobierno Corporativo**

Por último, la CAF, recomienda que entre los estándares fijos debe tenerse en cuenta el Informe aprobado y publicado por el Directorio sobre la forma cómo ha implementado el buen gobierno corporativo, “incluyendo el grado de cumplimiento de los lineamientos o medidas, así como el detalle de la información corporativa y la información sobre las partes vinculadas y los conflictos de interés.” (Medida 50).

## **1.9 ESTRUCTURA DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO**

No se trata de establecer un simple diagrama de la empresa. Se trata de una arquitectura general de la compañía, la información, por ejemplo, acerca de los integrantes de la directiva, del sistema de control interno y sus constituyentes, del sistema de control externo, resultan información relevante para los diferentes grupos de interés.

Desde otro punto de vista, es la distribución organizacional, que ofrece una visión de conjunto de la compañía, de sus elementos, gestión y funcionamiento.

La terminología para identificar a los elementos que conforman el GC es variada. Por ejemplo, el directorio en Latinoamérica recibe los nombres de Consejo directivo, Junta Directiva o Consejo de Administración. Para el presente caso son sinónimos. Los propietarios o “propiedad” se los conoce como inversionistas o accionistas. Los ejecutivos, en cambio, se los reconoce con el apelativo de alta gerencia.

Bernal habla del “Triángulo del Gobierno Corporativo”, para referirse a los actores involucrados en la compañía: propietarios, ejecutivos y directorio. “-Los propietarios e

inversionistas que aportan capital para financiar el negocio. -Los ejecutivos, gerentes y empleados que manejan el negocio en el día a día e implementan las políticas y estrategias.- El directorio”<sup>72</sup>

Ahora bien, es común que las empresas que cotizan en bolsa tienen de hecho una estructura más amplia, ya que sus acciones pueden ser adquiridas “por cualquier interesado, que mantiene un directorio amplio representando a los diferentes grupos de accionistas; y que es administrada por un grueso cuerpo de gerentes organizados en diferentes niveles interactuando bajo reglas escritas en distintos manuales y estatutos.”<sup>73</sup> Otras son muy pequeñas y no poseen, por ejemplo, una junta directiva. Pero existen otras intermedias que admiten una organización simple:<sup>74</sup> Junta de Accionistas, Directorio (Junta Directiva) y Administración o gerente general (uno o varios).

Denis y McConnell (2003) realizan “una categorización de los mecanismos internos y externos de los Gobiernos Corporativos. El mecanismo interno lo conforma el directorio y los accionistas (estructura de la propiedad), y el externo conformado por el mercado (consumidores, sociedad, acreedores) y el sistema legal y de regulación, conformado por los órganos de control interno y externo.”<sup>75</sup>

De nuestra parte, consideramos que la arquitectura organizacional del buen GC tiene su parte medular en la Junta de accionistas, Consejo de administración y los ejecutivos, teniendo presente la omnipresencia de la Asamblea General, y sin dejar a un lado a los organismos de control, como los auditores internos y auditores externos y al organismo de control estatal (para nuestro caso, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros).

<sup>72</sup> BERNAL, A, et al. (2012). *Gobierno Corporativo en América Latina. Importancia para las Empresas de Propiedad Estatal*. Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva N° 6, págs. 13-13.

<sup>73</sup> CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), *Lineamientos para el buen gobierno...op. cit., págs. - 9-10.*

<sup>74</sup> CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), *Lineamientos para el buen gobierno...op. cit., pág. 10*

<sup>75</sup> Denis y McConnell, citado por JARA, N. (2014). *Gobierno Corporativo: Una revisión. Tesis. Universidad de Chile. Facultad de Economía y Negocios*, Santiago de Chile, 2010, págs. 9-10.

## **1) Junta de Accionistas**

La Junta General de Accionistas (JGA) es el órgano superior de gobierno de las sociedades, conformada por sus propietarios. Pueden ser personas naturales o naturales y jurídicas. Representa a todos los accionistas.

Tiene poderes para resolver los asuntos relativos a los negocios de la compañía, de acuerdo con la Ley y el Estatuto Social y al Reglamento de la Junta General de Accionistas, que tiene por objeto determinar los principios de actuación. Es por esta razón que las “resoluciones de la junta general son obligatorias para todos los accionistas, aún cuando no hubieren concurrido a ella”<sup>76</sup>, ya que “tiene poderes para resolver todos los asuntos relativos a los negocios sociales y para tomar las decisiones que juzgue convenientes en defensa de la compañía”.<sup>77</sup> Así, por ejemplo, cuando los accionistas no están conformes con la labor desempeñada por el Consejo, éstos pueden cesarlo o cambiar a alguno de sus integrantes, ejerciendo su voto en la Junta General siempre, claro está, que cuenten con la mayoría suficiente para ello.

En Ecuador, la convocatoria a Junta de accionistas se realiza conforme lo establecido en los artículos 119 y 236 de la Ley de Compañías, que admite incluso la convocatoria vía electrónica a Juntas Ordinarias (artículo 234), extraordinarias (artículo 238) o universales (artículo 238), cuando cuenta con la presencia de todo el capital pagado. De otro lado, es suficiente que el 25% del capital social pida por escrito la realización de la Junta de Accionista para que esta sea convocada, y, de no efectuarse la convocatoria por parte del administrador, pueden acudir al Superintendente de Compañías para que la realice a nombre de la compañía (artículo 213).

## **2) El Consejo de Administración**

Es la máxima autoridad de administración, supervisión y de control de las compañías, y constituye el nexo entre los accionistas (propietarios) y los directivos. Su accionar se regulada, además de las directrices presentes en el Estatuto y en la Ley, a través de un Reglamento que tiene como finalidad regular su funcionamiento y organización y, en el que

<sup>76</sup> Ley de Compañías, Art. 245.

<sup>77</sup> Ley de Compañías, Art. 231.



se exponen con claridad los asuntos sobre los cuales debe decidir esta instancia de gobierno. Del directorio se elige al presidente o representante legal de la compañía, así como a su vicepresidente.

Es importante que la Junta de Accionistas en la medida de lo posible, elimine o disminuya los obstáculos que impidan su labor, como la inexistencia de incentivos. De su existencia depende que trabajen no por sus propios intereses sino por la empresa, de forma diligente.

En las grandes compañías, la administración muchas de las veces, debe lidiar con dos tipos de directivos y que en ocasiones actúan de modo negligente: los internos, empleados con sueldos fijos, y los externos, que no guardan relación directa con la empresa. En ambos casos, la colaboración con este entramado de dirección es fructífera si el administrador cuenta con una remuneración estable y suficiente.

En síntesis, podemos indicar que las cuatro funciones de la Junta de Administración son, según Bernal:<sup>78</sup> Representar los intereses de los propietarios; supervisar y brindar asesoramiento estratégico a la dirección ejecutiva; establecer políticas que apoyen el objeto social; y, cumplir con su deber legal de actuar en el mejor interés de la empresa.

### **3) Ejecutivos**

Son los que llevan a cabo la gerencia de la empresa y son empleados de la compañía o de sus filiales. En general pueden ser internos o externos. Estos últimos son independientes, y, en directorios de grandes compañías, se exige que exista un ejecutivo independiente.

Muchas compañías de gran capital poseen a la vez ejecutivos o directores que guardan un vínculo de capital con la compañía y otros que son nombrados para que ejecuten acciones específicas (independientes).

En general, los ejecutivos no pueden 1) celebrar actos o contratos con la Compañía, especialmente contratos de compra y/o venta de bienes y/o servicios, sin que tales actos o contratos sean revisados y aprobados previamente por el Directorio de la Compañía; 2) recibir pagos de la Compañía, por cualquier concepto, distinto de sus dietas fijas y variables

<sup>78</sup> BERNAL, A, et al., *Gobierno Corporativo...op. cit.*, págs. 13-14.

como director y/o de operaciones previamente aprobadas por el Directorio; 3) perseguir intereses personales con sus decisiones, ni utilizar para su beneficio personal las oportunidades de negocio que hayan conocido en razón de su cargo como Director de la Compañía.

Es claro que no pueden ser ejecutivos o directores independientes los que mantienen cualquier vínculo, interés o dependencia económica, profesional, crediticia o comercial, de una naturaleza y volumen relevante, con la Sociedad, ni tampoco los que guardan relación de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con los accionistas.

#### **4) Organismos de control**

Se trata de la auditoría o proceso sistemático de evaluación objetiva de la actividad financiera de la compañía. El informe respectivo debe elevar e al organismo competente, en este caso, a la Consejo de Administración.

En la compañía debe existir un auditor interno, llamado muchas veces comisario. Pero es importante que cuente con una auditoría externa, a modo de examen de los estados financieros de una entidad por parte de un contador público independiente.

En ambos casos, el órgano de control o de auditoría debe actuar bajo normas de auditoría generalmente aceptadas, con el propósito de dictaminar si tales estados financieros presentan razonablemente la situación financiera de un periodo, los flujos de caja y si el resultado de las operaciones de tal entidad y los estados financieros fueron preparados de acuerdo con principios de contabilidad generalmente aceptados.

### **1.10 IMPORTANCIA DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO**

El GC no es un fenómeno exclusivo de las compañías o empresas privadas. También el Estado se ha visto en la necesidad de incorporar esta herramienta de gobernanza para optimizar sus empresas públicas o semipúblicas y generar ganancias para la ciudadanía y confianza financiera a los inversionistas nacionales e internacionales.

## 1) Para las Empresas Privadas

La CAF (Corporación Andina de Fomento), señala que “cuando una empresa denota un buen Gobierno Corporativo, se percibe como una empresa más confiable, y como tal accede a mejores condiciones en los mercados en los que se desenvuelve. De esta manera, sus productos llegan a tener más aceptabilidad, se pueden mercadear mejor y sus ventas crecen”<sup>79</sup> De otro lado, uno de los beneficios más probable en esta lógica es que más accionistas estén dispuestos a invertir en la empresa, o más bancos manifiesten su interés en concederles préstamos en condiciones financieras más favorables, esto es a menor tasa de interés o plazos más cómodos. Una empresa en esa condición podrá financiarse ventajosamente no sólo para sostener sus operaciones regulares, sino que además podrá expandir sus operaciones iniciando nuevos proyectos o alianzas estratégicas. Asimismo, esta empresa resulta un imán de atracción para profesionales más calificados que se incorporan al directorio o a la gerencia de la misma. De igual manera, una mejor conducción del Gobierno Corporativo por sí mismo implica que la empresa está mejor ordenada, planifica mejor sus objetivos y estrategias, y responde con más eficiencia en sus procesos. En fin, con un buen GC, las compañías privadas se vuelven más sólida y competitivas.

Por el contrario, una empresa con marcadas deficiencias en su Gobierno Corporativo tendrá serias dificultades para interactuar con sus contrapartes en los distintos mercados. Sus proveedores o sus potenciales acreedores mantendrán desconfianza sobre las operaciones de dicha empresa y como tal la percibirán como una situación riesgosa, ante lo cual se abstendrán de contratar con ella, o de hacerlo plantearán condiciones financieras muy severas (inmediata distribución de dividendos, pago inmediato o plazos muy cortos; tasas de interés elevadas, exigencias de garantías, etc.). Empresas en estas circunstancias se mantendrán presionadas en el día a día, y sus posibilidades de crecimiento serán casi nulas. De ahí que podemos resumir, según Gándara<sup>80</sup>, la importancia del GC para las empresas privadas en los siguientes enunciados:

- a. Trato igualitario y la protección de los intereses de todos los accionistas;

<sup>79</sup> CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), *Lineamientos para el buen gobierno...* op. cit., págs. 9.

<sup>80</sup> GÁNDARA, J., Gobierno Corporativo. Revista finanzas. Boletín 1, 2010, págs. 9-10.

- b. Reconocimiento de los terceros interesados en el buen desempeño, la estabilidad y la permanencia en el tiempo de la sociedad;
- c. Remisión y revelación responsable de la información, así como la transparencia en la administración;
- d. Asegurar que exista la visión estratégica de la sociedad, así como la vigilancia y el efectivo desempeño de la administración;
- e. Ejercicio de la responsabilidad fiduciaria del Consejo de Administración;
- f. Identificación, administración, control y revelación de los riesgos a que está sujeta la sociedad;
- g. Declaración de principios éticos y de responsabilidad social empresarial
- h. Prevención de operaciones ilícitas y conflictos de interés;
- i. Revelación de hechos indebidos y la protección a los informantes;
- j. Cumplimiento de las distintas regulaciones a que esté sujeta la sociedad;
- k. Dar certidumbre y confianza a los inversionistas y terceros interesados sobre la conducción honesta y responsable de los negocios de la sociedad.

## **2) Para las Empresas Públicas**

Las empresas estatales, como bien indica Bernal, “son a menudo las empresas más importantes a nivel social y económico, asimismo su participación en sectores estratégicos (agua y saneamiento, transporte, energía, telecomunicaciones, etc.) hace que sean las más visibles en los mercados emergentes, en razón a esto deben tener un papel de liderazgo en la implementación de modelos de Gobierno Corporativo”<sup>81</sup>, considerando dos aspectos:

### **a) Maximizar la posición de liderazgo**

Debido a su posición única, las empresas estatales tienen la capacidad y, de hecho, incluso la responsabilidad, de ser un ejemplo positivo y ayudar a establecer un modelo a seguir para otras empresas locales. A medida que los principios de Gobierno Corporativo son cada vez más reconocidos globalmente como un punto de partida para la salud de los mercados y el desarrollo empresarial, las empresas estatales pueden ayudar a avanzar estas iniciativas dentro de los mercados en los que operan.; y,

<sup>81</sup> BERNAL, A, et al., *Gobierno Corporativo...* op. cit., págs. 18-21.

### **b) El mantenimiento de la perspectiva empresarial de largo plazo**

Las empresas estatales a menudo tienen un doble propósito -obtener ganancias en una práctica empresarial sostenible y servir al interés público- que puede crear posibles conflictos de interés, o, como mínimo, producir la percepción de que estos conflictos están produciéndose. Las empresas públicas también se exponen a la crítica que los cambios políticos obligan a centrarse en objetivos a corto plazo o no comerciales, a cambio de objetivos con base en un nuevo entorno político.

Es necesario que posean programas sólidos de Gobierno Corporativo que les proporcionen un mecanismo claro y transparente para mantener un enfoque empresarial de largo plazo, dando respuesta a esta crítica y ayudando a administrar este tradicional sus conflictos.

Así pues, en síntesis, con un buen GC, las empresas públicas pueden lograr:

- Mejores procesos y estructuras para la toma de decisiones;
- Una mayor transparencia;
- Estabilidad del Directorio;
- Controles más estrictos sobre los riesgos;
- Administración de los conflictos de interés y de la auto-contratación;
- Mejoramiento de las prácticas sociales y ambientales;
- Balance entre los resultados económicos y sociales;
- Mejora de las relaciones públicas y con medios de comunicación;
- Mejor desempeño económico a largo plazo;
- Aumento de la competitividad;
- Mejor acceso al Mercado de Capitales;
- Acceso a capital global;
- Atraer todo tipo de inversionistas;
- Facilita el cumplimiento normativo;
- Mejora de las relaciones con los accionistas minoritarios;
- Fortalecimiento de Comunicación con los Grupos de Interés.

Por último, un programa de Gobierno Corporativo robusto puede ayudar a las empresas públicas a informar al público, inversionistas, clientes, proveedores, reguladores, acreedores, trabajadores, medios de comunicación, la comunidad financiera y de otros grupos interesados, así como los líderes políticos, que las empresas estatales trabajan eficazmente para servir a los intereses y objetivos para los cuales fueron creados.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO

Gladis Adelaida Alarcón Valencia

## **CAPÍTULO II LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y EL GOBIERNO CORPORATIVO**

### **2.1. ANTECEDENTES**

Las exigencias actuales del comercio nacional e internacional presuponen que toda sociedad mercantil cuente con un gobierno corporativo que dirija, controle y establezca pautas a los socios, directivos, gerentes y demás grupos de interés en la sociedad mercantil. Si bien los países poseen normativa mercantil propia<sup>82</sup>, que establece la naturaleza, clasificación, características, estructura, formalidades de creación, disolución, extinción, transformación, fusión, penalidades de las sociedades mercantiles, no es menos cierto que pueden establecerse nociones comunes a todas ellas.

La sociedad mercantil es un “contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industrias, para realizar una actividad económica con el fin de obtener un lucro que se repartirá entre ellos”<sup>83</sup> El fin de lucro las diferencia de las sociedades civiles, como las fundaciones, asociaciones, clubes, organizaciones religiosas, políticas, culturales.

En todas sus modalidades<sup>84</sup> (personal, de capital, anónima, limitada, comandita simple, etc.), el máximo órgano de gobierno y de decisión lo constituye la Asamblea General, o Junta de Accionistas (en las sociedades anónimas o de comandita simple), o de Socios, (en las demás sociedades mercantiles).

El prototipo de las sociedades mercantiles es la sociedad anónima, “en la cual los socios, denominados accionistas “poseen un derecho representado por un título negociable y sólo responden con su aporte. Los socios son simples tenedores de acciones. En las grandes

<sup>82</sup>En el Ecuador, las sociedades mercantiles se rigen por la Ley de Compañías, R.O. No. 312, 7/diciembre/2017, última modificación: 23/octubre/2018; el Código de Comercio, R.O. Suplemento No. 1202, 20/agosto/1960, última modificación: 12/septiembre/2014; Código Civil Ecuatoriano, R.O. Suplemento No. 46, 24/junio/2005, última modificación: 12/abril/2017, Arts. 4, 12, 39, 566, 656, 702, 843, 1454, 1455, 1456, 1595, 1634, 1703, 1708, 1806, 1856, 1940, 1947, 1957, 2284, 2377). El órgano encargado de su control es la Superintendencia de Compañías, que también emite resoluciones y consultas.

<sup>83</sup> GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México D.F., 1979, pág. 166.

<sup>84</sup> SALGADO, R., *Nuevo Manual de derecho Societario*, Editorial Universitaria, Quito, 1987, pág. 30



sociedades cuyos títulos se negocian en la Bolsa, los accionistas cambian sin cesar. De ahí el nombre que se ha atribuido a esta forma de sociedad. Los accionistas no tienen calidad de comerciantes, tampoco la tienen los administradores. Solo la sociedad ejerce el comercio y es comercial pro su forma.”<sup>85</sup>

Ahora bien, la sociedad mercantil, de cualquier tipo, requiere de la existencia de accionistas o socios, directorio y gerencia. El socio o accionista es el propietario del capital<sup>86</sup>; directorio, subordinado a la Asamblea General, representa y dirige la empresa; y, la gerencia ejecuta las acciones emanada de esta. Es en esta tríada societaria, socios, directorio y gerencia, en donde el gobierno corporativo cobra importancia, como un mecanismo que permite dirigir y controlar a la sociedad mercantil, establecer sus objetivos y los medios más apropiados para hacerlos efectivos, coordinar acciones, distribuir derechos y obligaciones entre el directorio, gerentes, socios o accionistas y en lo posible con otras personas naturales o jurídicas que posean interés en la compañía, tal como lo veremos a continuación.

## 2.2 DERECHOS Y DEBERES DE LOS SOCIOS O ACCIONISTAS

En la doctrina del derecho mercantil, el vocablo socio se emplea como concepto genérico para designar a los propietarios de una compañía, concretamente de las acciones que posee en ella. El término acción tiene un triple significado: “Se refiere a una fracción del capital; al derecho patrimonial a esa fracción; y al título que la representa.”<sup>87</sup>

Está claro que la sociedad como tal posee derechos y obligaciones en relación a terceros. Pero, cuando una persona, natural o jurídica, adquiere acciones en una sociedad, se convierte

<sup>85</sup> RIBERT, G., *Tratado Elemental de derecho Comercial, Tomo II*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, pág. 76.

<sup>86</sup> El capital social de la empresa representaría el monto de los aportes realizados por los accionistas, no equivale bajo ningún concepto el patrimonio de dicha sociedad, puesto que dicho patrimonio social, se incrementará o decrecerá dependiendo de las negociaciones que la compañía realice, así como una serie de elementos externos que contribuyen al incremento o decremento antes señalado. En este sentido, “La sociedad o compañía anónima, es una sociedad capitalista cuyo capital social se encuentra dividido en acciones de libre negociación, formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones, es decir, en el fondo, con sus aportes. Los accionistas tienen una responsabilidad limitada frente a terceros. No responde sino con lo que aportaron”: SALGADO, R., *Tratado de derecho empresarial y Societario*, Editorial Cevallos, Quito, pág. 7.

<sup>87</sup> HALPERIN, I., *Sociedades Anónimas*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1975, pág. 261.

en titular de derechos y deberes, que varían, lógicamente, de acuerdo al porcentaje accionario que posea y de acuerdo a la normativa societaria vigente<sup>88</sup>, el estatuto de la compañía y de las decisiones de la asamblea y del directorio. En efecto, la acción representa una parte del capital social y constituye un valor nominal, confiriendo iguales derechos a sus tenedores; pero el capital social muchas veces queda dividido en varias clases de acciones, surgiendo así derechos especiales para clase de acciones, y, por consiguiente, sus respectivos deberes.

El gobierno corporativo de la compañía parte de la existencia de los derechos y deberes de los socios de acuerdo a la forma como participan de las acciones. Esto significa que, si bien todos los socios poseen derechos y deberes comunes, no todos los ejercen de la misma forma o tienen limitados o están exentos de ciertos deberes, como veremos a continuación.

### **2.2.1 Derechos**

Los derechos de los socios de una compañía se clasifican en: económicos, políticos y mixtos<sup>89</sup>. Los derechos económicos, llamados también patrimoniales o sustantivos, son aquellos que permiten a los accionistas recibir retribuciones económicas con fundamento en las utilidades de la compañía, como participar en los beneficios y en la cuota de liquidación; los derechos políticos, denominados administrativos o auxiliares, otorgan la potestad de tomar decisiones sobre la dirección, administración, supervisión y funcionamiento de la sociedad; los mixtos son derechos de suscripción preferente de nuevas acciones o de obligaciones convertibles.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> La LCom, Art. 114, dice que: “El contrato social establecerá los derechos de los socios en los actos de la compañía, especialmente en cuanto a la administración, como también a la forma de ejercerlos, siempre que no se opongan a las disposiciones regales.”

<sup>89</sup> CHULIÁ, V., *Introducción al derecho mercantil*, Editorial tiran Lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>90</sup> La LC. clasifica las acciones en ordinarias y preferidas. Las acciones ordinarias otorgan a los socios derechos fundamentales (políticos y económicos), mientras que las acciones preferidas les confieren derecho de preferencia, sin derecho a voto, en cuanto “al pago de dividendos y en la liquidación de la compañía” (Art. 170).

En base a esta clasificación, enumeramos a continuación los principales derechos que posee el socio o accionista de una empresa y que el gobierno corporativo debe proteger:

**a. Derecho de asistencia y voto en las juntas generales.** Lo ejerce el socio que tiene el número mínimo de acciones establecidas en el estatuto<sup>91</sup>. Asiste por sí mismo o por otro que lo represente. En ocasiones debe agruparse para obtener el mínimo del número de acciones. Debe estar dispuesto a formar mayoría para influir en los acuerdos.

**b. Derecho de información.** Es un derecho conocer de forma objetiva la situación de la empresa, sobre todo cuando existe convocatoria para una junta<sup>92</sup>. Puede solicitar o exigir, oral o por escrito, que la información se la otorguen de forma inmediata y gratuita, por ejemplo, respecto a las cuentas anuales y el informe de gestión, o solicitar algún documento que vaya a ser discutido en la junta, pedir aclaraciones. Es importante, pues, que la compañía tenga una página “web” en donde se pueda acceder a la información relevante para los socios.

**c. Derecho de convocatoria.** Según lo determine la ley o el estatuto, cuando el socio tenga un número mínimo de porcentaje de representación, puede dirigirse a la administración y solicitar la convocatoria, de una junta general, incluso con el orden del día<sup>93</sup>.

**d. Derecho de impugnación.** Se trata de una acción judicial, de tipo civil, por el cual el socio, individualmente o en grupo, se opone a los acuerdos de la Junta, por ser contrarios a la ley, al estatuto, o que, beneficiando a unos pocos, lesionan los intereses de la compañía<sup>94</sup>.

**e. Derecho de dividendo.** Es decir, a la parte del beneficio que la sociedad decide repartir entre sus propietarios. En ocasiones, la sociedad tiene beneficios, pero la junta decide no

<sup>91</sup> RIVERA, M., “Caracterización jurídica de los convenios de votos entre accionistas”, Revista de Derecho mercantil, No. 179-180, 2000, pág. 80.

<sup>92</sup> VILLEGAS, C., *Tratado de las sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, pág. 118.

<sup>93</sup> URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1990, pág.254.

<sup>94</sup> CANDELARIO, m., Rodríguez, L., “El derecho de impugnación de los Acuerdos de las Sociedades Anónimas tras el Real Decreto Legislativo 1/2010 y las Sociedades Cooperativas”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 727, 2011, págs. 2623-2661.

repartirlos, por cuanto se ponen a venta en el mercado. En este caso el socio recibe la rentabilidad a través de la venta<sup>95</sup>.

**f. Derecho de suscripción preferente.** Es el derecho que tienen los socios antiguos, cuando la compañía, al querer ampliar el capital, emite nuevas acciones u obligaciones convertibles en acciones. Los accionistas, en este caso, suscriben las nuevas acciones, pero bien pueden ponerla a disposición en el mercado. Este derecho en nada se contrapone al derecho de asignación gratuita, y que el socio lo realiza sin disposición expresa ni desembolso alguno<sup>96</sup>.

**g. Derecho de cuota de liquidación**<sup>97</sup>. Se hace efectivo cuando la compañía se disuelve o liquida. El socio tiene derecho a recibir la parte proporcional de la liquidación.

**h. Derecho de transmisión de las acciones.** Este derecho puede estar limitado en compañías con falta de liquidez, pero en las compañías cotizadas, el socio puede ceder o transmitir sus acciones sin ningún problema.

**i. Derecho de separación de la compañía.** Es una prerrogativa del socio y se activa cuando en la compañía se operan cambios, como sustitución del objeto social, del domicilio o cuando se transforma en otro tipo mercantil<sup>98</sup> (por ejemplo, de sociedad anónima a comandita).

Sabemos que el objeto social es el conjunto de los aportes al capital social y la actividad mercantil específica a la que se dedica la compañía. En toda compañía anónima, el objeto social es el negocio al que se dedica la compañía. Siempre debe ser: determinado, esto es especificando la actividad comercial (compra y venta de repuestos de bicicletas); real, que exista en el comercio; lícito o comerciable. La licitud del objeto constituye requisito de validez del contrato de sociedad<sup>99</sup>. Si la actividad no está ordenada ni permitida por la ley, es

<sup>95</sup> VILLEGAS, c., *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 120.

<sup>96</sup> PALACIOS, F., "La necesidad de normar el derecho de suscripción preferente de los accionistas en la sociedad anónima. Consideraciones para una reforma legislativa, Cuaderno de investigación Jurídica", Vol. II, No. 9, 2012, págs. 7-13.

<sup>97</sup> VILLEGAS, c., *La necesidad de normar el derecho de suscripción...*, *op. cit.*, págs. 38,41.

<sup>98</sup> ARAGÓN, a., "Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: necesario, pero ¿suficiente y eficiente?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 2, 2012, págs. 121-125.

<sup>99</sup> CC Art. 1461.

ilícita. Así, por ejemplo, en el Ecuador no se puede constituir una compañía anónima que se dedique a la trata de personas, o al comercio de sustancias estupefacientes. Es importante determinar el objeto de la sociedad anónima, por varias razones:

- El objeto circunscribe el tipo de contrato: si el objeto es mercantil, el contrato es mercantil.
- Por el origen lícito del objeto, el contrato es o no válido.
- Por el objeto, el consentimiento puede estar viciado de dolo o error.
- El objeto mercantil define el tipo de la actividad, la obligación de dar hacer o no hacer algo en el mundo comercial.

**j. Derecho de representación.** Mientras no existe restricción al respecto, los socios pueden elegir el número de administradores, con el fin de salvaguardar sus intereses<sup>100</sup>.

**k. Limitación de la responsabilidad al monto aportado.** El socio accionista responde según lo que aporte, sea en bienes o numerarios. Es verdad que, financieramente, el socio tiene derecho a las ganancias, pues a mayor inversión, mayor ganancia, pero en cuestión de pérdidas, solo responde por el valor que aporta.

**l. No devolver importes que en concepto de ganancia hubiere percibido.**<sup>101</sup> Los importes obtenidos, producto de las operaciones de la empresa, son ganancias que por ley le corresponde al accionista. Por ello, aunque sea un proceso voluntario, el socio tiene la libre decisión, previos acuerdos, de decidir sobre la reinversión de sus utilidades.

**ll. Decidir si se adhieren al aumento de la participación social.** Se trata de una acción deliberada y no obligada. Recordemos que la acción es un patrimonio a título personal.

<sup>100</sup> DE ROS, R., “Principio de igualdad de trato de accionistas”, conforme a la ley 3/2009: accionistas significativos, derechos políticos y representación proporcional”, Revista de Derecho Mercantil de Valores, Núm. 5, Sección de Estudios, pág. 76.

<sup>101</sup> QUILUMBA, J., *Efectos suspensivos de las decisiones de la junta general de socios y accionistas impugnadas en sede judicial por causales de nulidad*, Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Quito, 2015, Págs. 15-19.

**m. Derecho de adquisición de participaciones.** No sólo los antiguos socios la tienen, sino también los nuevos, sean mayoría o minoría.

**n. Derecho de revocatoria de designación de administradores.** Es un derecho inherente, toda vez que está en juego su patrimonio cuya gestión de inversión y de rentabilidad debe estar en buenas manos, y no en la de aquellas que son ineficientes o han cometido actos contra el patrimonio.

**o. Derecho de participar en los beneficios sociales.** Según los aportes y de las operaciones cumplidas durante la gestión financiera de la empresa, como comúnmente se dice, según lo realizado en el periodo contable de un año calendario, que se contabilizada desde el 1 de enero al 31 de diciembre.

**p. Integrar los órganos de administración y fiscalización.** Siempre y cuando los accionistas poseen las habilidades precisas, la preparación académica y la experiencia para ser designados como administradores.

### **2.2.2 Deberes<sup>102</sup>**

Los deberes son insuperables de los derechos de los socios. Se trata de obligaciones que deben cumplirse al ser parte de la compañía, en base a lo que se ha dispuesto en el contrato social y que se limitan al valor de sus participaciones sociales y según la proporción establecida. Aquí algunos de los deberes más relevantes, según la Ley de Compañías del Ecuador<sup>103</sup>:

**a. Pagar a la compañía la participación suscrita.** Y debe realizarse en el plazo estipulado en el contrato o en el previsto en la ley pertinente. Si no se procede así, la compañía puede realizar algunas acciones, de naturaleza civil, o si no enajenar, por ejemplo, los certificados de aportación.

<sup>102</sup> Un desarrollo más amplio de las obligaciones de los socios lo podemos encontrar en: AVILA, D., “sindicación de acciones”, en Derecho Comercial y de las obligaciones, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Núm. 211, marzo-abril, págs. 279ss.

<sup>103</sup> Ley de Compañías, Art. 115.

- b. **Responsabilidad solidaria.** Los socios responden ante la ley, la compañía y ante terceros, por ejemplo, respecto de las declaraciones relativas al pago de las aportaciones, al valor de los bienes aportados, o por la falta de publicación e inscripción del contrato social.
- c. **Cumplimiento de obligaciones económicas.** El socio, al momento de la suscripción del contrato social, se compromete a cumplir con las prestaciones accesorias y las aportaciones suplementarias que se estipulen. No está obligado, eso sí, a reemplazarlas ni, pero aún, realizar en favor de la compañía prestaciones accesorias consistentes en trabajo o en servicio personal. Lógicamente, las aportaciones de los socios no afectan a la responsabilidad que se tenga con terceros, sino desde el momento en que la compañía decida su pago.
- d. **Responsabilidad por exclusión.** El socio responde ante la compañía y terceros cuando es excluido de la compañía, sobre todo cuando los terceros y la compañía tenga pérdidas por la falta de capital suscrito y no pagado por parte de los socios o por la suma de aportes reclamados a futuro sobre el capital social.

De otro lado, algunos autores, como Salgado<sup>104</sup>, prefieren hablar de obligaciones de los socios entre sí o con la sociedad, y respecto de terceros. En efecto, en toda compañía, existen relaciones entre socios, que, si cumplan con lo estatuido, repercute para el bien de la compañía. De otro lado, “si el socio actúa a nombre de la sociedad estando autorizado, obliga a la sociedad, si no está autorizado, el vínculo jurídico existirá únicamente entre el gestor y el tercero. En las relaciones de la sociedad con terceros, estos son solamente los que no tienen la calidad de socios, sino los socios mismos que llegan a contratar con la sociedad”<sup>105</sup>.

<sup>104</sup> SALGADO, V., *La Sociedad Anónima en el Ecuador*, Publigraf, Quito, 1977, págs. 16-19.

<sup>105</sup> SALGADO, V., *La Sociedad Anónima*...op. cit., pág. 19. Un estudio más amplio de los deberes de los socios con terceros podemos encontrarlo en: GAGLIARDO, M., *Cuestiones Societarias*; Primera Edición; Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005; LARREA HOLGUÍN, J., *Derecho Civil del Ecuador Las Obligaciones XI*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007; TORRES, S., *Guía Didáctica Derecho Civil IV, Obligaciones y contratos*, Ediloja Quito, 2013.

**a. Obligaciones de los socios entre sí:**

- Realizar su aporte en propiedad o usufructo.
- Pagar los perjuicios pro el retardo en el aporte.
- Asumir la pérdida o deterioro de la cosa si aportó el usufructo.
- El saneamiento por evicción si aportó un cuerpo cierto.
- Aumentar los aportes si así lo exige el objeto social.
- No incorporar un tercero a la sociedad.
- Pagar a prorrata los gastos al socio que hubiese cumplido obligaciones sociales
- Compartir con sus socios lo que haya recibido por el pago de una acreencia de la sociedad, cuando los otros socios no hayan recibido su pago.
- No beneficiarse más que los otros socios, aunque las gestiones hayan sido más lucrativas para la sociedad.
- Pagar lo que aún por culpa leve haya causado a la sociedad.

**b. Obligaciones con terceros:**

- Responder por las obligaciones a su nombre.
- Pagar las obligaciones en proporción de su aporte.

### **2.3 TRATAMIENTO EQUITATIVO Y PROTECCIÓN A LOS SOCIOS O ACCIONISTAS**

Uno de los aspectos que debe quedar claro en un cuerpo normativo de gobierno corporativo es la relación amigable, el trato equitativo y la protección entre accionistas que ostentan la mayoría del capital (accionistas mayoritarios) frente a los que poseen pocas acciones (accionistas minoritarios<sup>106</sup>). Urge que la Asamblea o Junta de Accionistas y la Directiva, a la luz de la normativa societaria vigente y el estatuto establezcan reglas claras para evitar controversias entre los dos tipos de socios, pues, si bien los accionistas mayoritarios son el

<sup>106</sup> Para Yépez, socio minoritario es el socio o accionista “con poder decisorio insuficiente en la misma, pues carece de una cantidad significativa de capital invertido que le confiera votos necesarios para ratificar o negar decisiones eficazmente”: YÉPEZ, N., *Derechos políticos de los accionistas ecuatorianos*, UISEK, Quito, 2014, pág. 39.



soporte económico de la compañía, no es menos cierto que los accionistas minoritarios tienen actualmente una mayor relevancia a nivel de inversión extranjera y de la globalización. Y uno de los principios que sirve de fundamento para el trato equitativo y la protección de los socios es el interés social. Este se lo define como “el interés común o el interés superior de los socios”<sup>107</sup>, que han formado la compañía o se han suscrito a ella con ánimo de lucro, y que constituye “el criterio determinante del entendimiento de la función de las empresas”.

El trato equitativo del accionista debe basarse en los siguientes postulados<sup>108</sup>:

**a. Igualdad de voto.** Todo accionista debe ser trata en igualdad de condiciones que el otro. En este sentido, todo accionista debe tener los mismos derechos al voto. De este postulado se deduce que:

- El inversionista debe tener acceso a la información de los derechos de voto que le confiere, antes de adquirirla.
- La entidad depositaria de las acciones debe transferir las acciones de acuerdo a la voluntad del propietario nominal.
- Las Juntas Generales no deben poner obstáculos a la hora de la emisión de los votos que representa cada acción.

**b. Información transparente.** Debe prohibirse la información privilegiada y la negociación oculta.

**c. Interés social de la Directiva.** La directiva y los órganos internos de control deben revelar todo tipo de conflicto transaccional o cuestionar de cualquier índole que afecta al interés de los socios y de la sociedad.

<sup>107</sup> POLO, A., Avilés, J., “¿Protección a las minorías o invitación a la tiranía?”, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, No. 64: Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social, 2007, pág. 2. Existe una amplia bibliografía respecto al trato equitativo y a la protección del socio: YÉPEZ, N., *Derechos políticos de los accionistas ecuatorianos*, UISEK, Quito, 2014; DE SOLA, R., *La Protección de las Minorías en las Compañías Anónimas*, en “Opinión Pública”, U.C.V. Caracas, 1960; GARAY, J., *Compañías Anónimas de pocos Socios*, 3ra. Edición, Cíafré, Caracas, 2000; SÁNCHEZ, A., “La acción y los derechos del accionista”, en Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Revista Civitas, Madrid 1996, Tomo IV, Volumen I, pág. 67.

<sup>108</sup> Para una mayor ampliación del tema puede consultarse: ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), *Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades*, 1999, págs. 21 y 36.

Ahora bien, es innegable la capacidad decisoria final que tienen los accionistas mayoritarios. Por eso, no por ser minoritarios, los socios poseen menos derechos. En principio gozan del ejercicio de los derechos fundamentales, común a todos los socios. Pero, ciertos derechos, debido a la cantidad de la aportación, pueden ser minimizados por los grandes inversionistas en la compañía, y que deben ser defendidos por los minoritarios, la Junta General y la Directiva, como son<sup>109</sup>:

- Derecho a la información. Tienen la facultad para examinar, por ejemplo, los libros y documentos de la compañía<sup>110</sup>;
- El derecho de preferencia, esto es, la prerrogativa para suscribir nuevas acciones antes de admitir la adquirir por el público en general. Es verdad que no es obligatorio<sup>111</sup>, pero no se les puede negar tampoco el derecho al aumento de su participación social;
- Derecho a la remoción de los administradores, por motivos de las irregularidades en el balance anual, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta de distribución de los beneficios<sup>112</sup>, etc.;
- Derecho a proponer acciones contra administradores y gerentes<sup>113</sup>;
- Derecho al voto y a la convocatoria a Junta General<sup>114</sup>
- Diferimiento de la Junta, esto es aplazar la junta por el tiempo de tres días con la condición de obtener el 25% del capital pagado de los presentes de la junta, o de solicitar la prórroga por un plazo más largo al de 30 días, necesitando el 50% del capital pagado de los concurrentes<sup>115</sup>
- Apelar las decisiones de la mayoría, cuando la resolución perjudica a sus intereses y se eleva el reclamen no ante la junta general sino ante un juez de lo civil;

<sup>109</sup> Estos derechos se encuentran dispersos en la Ley de Compañías del Ecuador (LC.). España tiene mucha similitud con Ecuador, pues otorga casi los mismos derechos presentes en la Ley de Sociedades de Capital, artículos 179, 202, 203, 204.

<sup>110</sup> LC. Art 15

<sup>111</sup> Cf. LC. Art 114

<sup>112</sup> Cf. LC. Art 133, inc. 2

<sup>113</sup> LC. Art 118

<sup>114</sup> LC, Art. 114

<sup>115</sup> LC. Art. 248

- Facultad de designar comisarios e interventores<sup>116</sup>
- Facultad de insinuar a la Superintendencia de Compañías al liquidador o de removerlo<sup>117</sup>

Pero, ¿de qué manera se pueden proteger los derechos tanto de la mayoría como de la minoría. Siendo el Estatuto la ley entre las partes, se sugiere que el buen gobierno corporativo exija un “Acuerdo de accionistas”<sup>118</sup>, por medio del cual se establezcan las reglas del negocio, como, por ejemplo:

- Con qué porcentaje se nombrará a los miembros de los órganos directivos y de control.
- Con qué porcentaje de votos se tomarán las decisiones.
- Sobre qué asuntos se tendría derecho al voto o a la impugnación.
- Las condiciones para que los socios minoritarios ocupen puestos administrativos.
- Las cláusulas específicas para el derecho de venta de acciones, tanto para accionistas mayoritarios (*drag along*) y minoritarios (*tag long*) sin dar preferencia a los primeros ni perjudicar a los segundos<sup>119</sup>.
- La modalidad para la aprobación y repartición de beneficios y dividendos.
- Las reglas claras para la fusión con otras compañías o la constitución de compañías filiales o subsidiarias.
- El procedimiento interno para abordar los conflictos de intereses a favor de los accionistas o de la compañía como tal.
- Directrices para elegir a los auditores.

<sup>116</sup> Cf. LC. Art 276

<sup>117</sup> LC. Arts. 388, inc. 2; 391

<sup>118</sup> La CAF, al presentar el modelo que debe seguir un código de gobierno corporativo, señala que, entre las decisiones que se deben tomar los propietarios es la elaboración y aprobación del “Acuerdo de Accionistas”, y de cuyas sugerencias hemos adoptado en este acápite: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), *Lineamientos para el buen gobierno corporativo de las empresas del estado*, 2010, pág. 13.

<sup>119</sup> En EE.UU., el “*Tag Along*” (derecho de acompañamiento) otorga a los accionistas minoritarios la posibilidad de vender sus títulos en todo o en parte o de recibir protección cuando surge la opción de adquisición o enajenamiento de su participación accionaria, frente al Derecho del “*drag along*” (derecho de arrastre) que sirve para proteger a los accionistas mayoritarios. Un análisis amplio de este tema en: SÁENZ, M., Bermejo, N., *Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad*, Revista INDRET, Madrid, núm. 1, 2017, págs. 8-18.

- La potestad igualitaria para formular preguntas durante la Junta General al Auditor, Directorio y demás ejecutivos, consejeros, comisarios, etc.
- La potestad para autorizar la adquisición de acciones.

## 2.4 GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

Desde el punto de vista organizacional, las compañías requieren de la existencia de tres organismos: la junta general, la directiva y los organismos de control. Es importante, pues, distinguir estos órganos sociales de las compañías, por cuanto son las instancias de gobierno internas. La junta general es la máxima autoridad en la sociedad mercantil. Ya sea en las juntas ordinarias como extraordinarias, la compañía conoce y aprueba las cuentas y balances, fija las retribuciones y resuelve los problemas internos. Es importante también la consideración de los organismos de control, bajo la figura de los comisarios. A caballo de ambas instituciones tenemos a la Directiva, que, a través de la administración y de la gerencia, representan a la compañía, y bajo su cargo está el destino de la misma. Los socios deben conocer la naturaleza, características, funciones, atribuciones de estas instancias de gobierno, con el fin de conocer a quién deben acudir para hacer valer sus derechos.

## 2.5 JUNTA GENERAL<sup>120</sup>

Según la Ley, no todas las compañías precisan de la existencia de una Junta General o Asamblea General de socios. Es el caso de las compañías en nombre colectivo.

La Junta General es el órgano máximo órgano social y de gobierno de una compañía, en especial de las anónimas y de responsabilidad limitada. La conforma los socios legalmente convocados<sup>121</sup>. En la sociedad anónima, el gobierno de la compañía corresponde a los accionistas y lo ejercen a través de la junta general. La administración la llevan los órganos

<sup>120</sup> El Reglamento sobre Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías de Responsabilidad Limitada, Anónimas, en Comandita por Acciones y Economía Mixta, emitido por la Superintendencia de Compañías del Ecuador, Resolución 14, R.O 371, 10/noviembre/2004, regula los pormenores parlamentarios de las compañías en el Ecuador: Convocatoria (arts. 1-10); Quórum de instalación y de la mayoría decisoria (11-18); Comparecencia a las juntas y representación convencional (arts. 19-24); Forma de las deliberaciones y de las resoluciones (Arts. 25-30); elaboración de actas y de las resoluciones (arts. 31-36); Dispersiones relativas a las facultades del Superintendente de Compañías sobre las convocatorias, juntas y demás actos parlamentarios (Art. 37). En esta obra nos referimos a esta norma simplemente como Reglamento.

<sup>121</sup> LC., Art. 116.

establecidos en el Estatuto. En la compañía de responsabilidad limitada, la Junta General de Socios es el órgano supremo de la compañía y está integrada por los socios legalmente convocados y reunidos en el número suficiente para formar el quórum.

Ramírez la define como “el órgano supremo de la compañía, se reunirá ordinariamente una vez al año, dentro de los tres meses posteriores a la finalización del ejercicio económico y, extraordinariamente las veces que fuere convocada para tratar los asuntos puntualizados en la convocatoria. La Junta estará formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos”<sup>122</sup>.

Al ser la junta general el órgano supremo de gobierno en donde se toman las decisiones más importantes para la empresa, es preciso exponer su tipología, proceso conformación (convocatoria, celebración de la junta), prerrogativas, tal como está normada en Ecuador. Su conocimiento permitirá establecer directrices para idear un gobierno corporativo acorde a las necesidades de la realidad societaria ecuatoriana, conforme la normativa societaria actual.

### 2.5.1 Tipología

Las Juntas Generales son de dos tipos: Ordinarias y extraordinarias.

- **Juntas ordinarias.** Se reúnen una vez al año, dentro de los tres meses posteriores a la finalización del ejercicio económico de la compañía, esto es entre los meses de enero, febrero y marzo. Además de tratar los temas establecidos en la convocatoria, pueden tratar los siguientes puntos:
  - ✓ Aprobar las cuentas y los balances que presenten los administradores y gerentes;
  - ✓ Fijar la retribución de los administradores e integrantes de organismos de administración;
  - ✓ Resolver acerca de la forma de reparto de las utilidades; y,
  - ✓ Suspensión y remoción de los administradores, aunque en el orden del día no esté contemplado.

<sup>122</sup> RAMÍREZ, C., *Derecho Empresarial Ecuatoriano*, Loja, UTPL, 1987, Pág. 23.

- **Juntas extraordinarias.** La ley no obliga ni su convocatoria y reunión. Sin embargo, si lo hace, se pueden reunir en cualquier tiempo. Se tratan los puntos establecidos en la convocatoria, aunque no es obligación tampoco que se conozcan determinados asuntos, tanto es así que en estas juntas pueden conocerse y aprobarse los balances e informes, por ejemplo, lo que está reservado en principio para la junta ordinaria.

## 2.5.2 Proceso de conformación de la Junta

Debemos distinguir dos momentos: convocatoria y celebración de la junta, conforme a la Ley de Compañías y al Reglamento sobre Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías de Responsabilidad Limitada, Anónimas, en Comandita por Acciones y Economía Mixta.

- a. **Convocatoria**<sup>123</sup>. Es el llamado a las reuniones de socios o accionistas, denominada junta, con el fin de conocer asuntos de importancia, y que deben constar en un orden del día. El orden del día es la lista de asuntos que van a ser tratados en la junta.

La puede realizar, tanto para las asambleas ordinarias como extraordinarias:

- El administrador o administradores facultados por el estatuto.
- Los comisarios en el caso determinados en la ley.
- Los liquidadores de la compañía.
- La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros sobre todo cuando lo soliciten los accionistas, una vez agotado todos procedimientos legales o establecidos en el estatuto<sup>124</sup>.

Los datos legales que debe contener la convocatoria son<sup>125</sup>:

- Llamamiento a los socios accionistas, con mención del nombre de la compañía.

<sup>123</sup> LC., Arts. 119 El artículo 236, dispone que “La junta general, sea ordinaria o extraordinaria, será convocada con al menos cinco días de anticipación, en la forma prevista en el estatuto o por el correo electrónico de los accionistas.”

<sup>124</sup> Cf. LC, Arts. 112, 120, 212, 213, 247 número 6; Reglamento, Art. 2.

<sup>125</sup> La Convocatoria, en su original, se archivará en el expediente de la Junta.

- Llamamiento a los comisarios u órganos de fiscalización.<sup>126</sup>
- La dirección exacta, dentro del canto, del lugar en donde tendrá lugar la junta.
- La fecha y hora de iniciación de la junta, en día hábil, entre las 08:00 y las 20:00.
- La indicación clara, específica y precisa de los asuntos a conocer y sobre, los que se va a resolver<sup>127</sup>, tanto los establecidos en el artículo 33 como en el artículo 231 de la Ley de Compañías.
- La convocatoria se realiza con 15 días de anticipación cuando la junta versa sobre el conocimiento de los balances, y debe indicarse el domicilio exacto en donde reposa el soporte documental<sup>128</sup>.
- Los nombres, apellidos y función de la persona o personas que hacen la convocatoria.
- Firma autógrafa del convocante.

La notificación de la convocatoria normalmente se realiza con 5 u 8 días de anticipación a la realización de la Junta<sup>129</sup>. Para el efecto no se cuenta ni el día de la convocatoria ni el día de la junta. Se cuentan todos los días. La junta solo se puede convocar para días hábiles.

<sup>126</sup> Reglamento, Art. 9: “Los comisarios serán convocados especial e individualmente en el mismo aviso en el que se haga el llamamiento a junta general a los socios o accionistas de la compañía. El requisito de la especialidad en la convocatoria se cumplirá con el llamamiento expreso a los comisarios a reunión de junta general, y el de su individualización, con la mención en ella, de modo también expreso, de sus nombres y apellidos y de la dirección de cada uno de ellos. Si en los casos previstos por la ley, el comisario convocare a la junta general, la convocatoria deberá hacerse en la forma señalada por el artículo 236 de la Ley de Compañías y este reglamento. De ocurrir aquello, el comisario convocante prescindirá de lo dispuesto en los incisos anteriores”.

<sup>127</sup> Por ejemplo, los artículos que se modifican del estatuto social y de ser integral la reforma, se tendrá que especificar el particular. Por lo menos debe de mencionarse cualquiera de los actos mencionados por la LCom, Art. 33: “El establecimiento de sucursales, el aumento o disminución de capital, la prórroga del contrato social, la transformación, fusión, escisión, cambio de nombre, cambio de domicilio, convalidación, reactivación de la compañía en proceso de liquidación y disolución anticipada, así como todos los convenios y resoluciones que alteren las cláusulas que deban registrarse y publicarse, que reduzcan la duración de la compañía, o excluyan a alguno de sus miembros, se sujetarán a las solemnidades establecidas por la Ley para la fundación de la compañía según su especie”. El artículo 231 se refiere a las funciones que por naturaleza tiene la Junta, como nombrar y remover miembros, conocer anualmente las cuentas, etc. El tema lo desarrollamos más adelante.

<sup>128</sup> LC., Arts. 292: “El balance general y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y sus anexos, la memoria del administrador y el informe de los comisarios estarán a disposición de los accionistas, en las oficinas de la compañía, para su conocimiento y estudio por lo menos quince días antes de la fecha de reunión de la junta general que deba conocerlos”.

<sup>129</sup> Si no se celebra la junta en la primera convocatoria, la segunda se la notifica para después de 30 días; y, si la segunda tampoco se realiza, se convoca por tercera vez para la junta que debe realizar para después de 60 días, según lo establece el Reglamento, Art. 7 inc. 2.

La forma de realizar la junta admite tres modalidades:

- Personalmente, entregando la convocatoria en el domicilio señalado por el socio o accionista.
- Por Correo electrónico, registrado previamente por el socio o accionista en la compañía<sup>130</sup>.
- Por la prensa.<sup>131</sup>

**b. Celebración de la Junta**<sup>132</sup>. Reunidos los socios o accionista en el lugar y hora que han sido convocados, se procede con un protocolo bien definido, y que comprende: comprobación del quorum, lectura del orden del día, deliberación y resoluciones, posibles puntos varios que han sido mocionados y elaboración del acta de la junta.

La Junta la preside la persona que “designa los estatutos; en su defecto, por el presidente del consejo de administración o del directorio, y, a falta de éste, por la persona elegida en cada caso por los presentes en la reunión. Será secretario de la junta general el administrador o gerente, si los estatutos no contemplaren la designación de secretario especial”<sup>133</sup>

El *quorum* es la lista de accionistas necesarios para la instalación de la junta, sirviéndose del libro de participaciones y socios (Compañías de responsabilidad Limitada), o de acciones y accionistas (Compañías Anónimas), sea que lo tenga en forma física o magnética. La elabora el secretario u otra persona designada para el efecto (administrador, representante o delegado de la Superintendencia de

<sup>130</sup> “los accionistas tienen la obligación de comunicar al representante legal la dirección de correo electrónico en la que recibirán las convocatorias cuando corresponda. Es obligación del administrador de la compañía mantener el registro de dichos correos” (LC, Art. 236, inc. 2).

<sup>131</sup> Reglamento, Art. 5: “Cuando la convocatoria deba hacerse por la prensa, se publicará en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio principal de la compañía, mediante aviso. La dimensión mínima del aviso de la convocatoria deberá ser de dos columnas por ocho centímetros, cuyo texto deberá constar, con letras muy visibles, y con el siguiente encabezamiento: "CONVOCATORIA A JUNTA GENERAL (DE SOCIOS, si la compañía es de responsabilidad limitada o DE ACCIONISTAS, si es anónima, en comandita por acciones o de economía mixta), DE... (Nombre de la compañía).

<sup>132</sup> Reglamento, Arts. 11-36.

<sup>133</sup> LC. Art. 244.



Compañías, Valores y Seguros). Se deja constancia si el *quórum* está completo o no, para fines de nuevas convocatorias.

Existen ciertas circunstancias que debe tenerse presente a la hora de establecer el quórum para la junta y tiene que ver con la idoneidad para estar en participar de la misma:

- Si existe duda sobre la identidad de un socio o accionista, quien dirige la junta pedirá al asistente la cédula de ciudadanía, pasaporte o el RUC (Registro Único de Contribuyente).
- Los socios o accionistas pueden asistir a la junta de forma personal o a través de un representante. Personalmente significa que lo puede hacer están presente en la junta o por videoconferencia. Por representación se lo hace a través de otra persona, quien debe portar un poder general o especial legalizado ante notario, que debe presentarse en original en la junta.
- “Las personas que han adquirido acciones, o los derechos reales de usufructo o prenda sobre éstas, que les dieran derecho a participar y votar en las juntas generales; y dicha cesión o derechos no hubiesen sido aún inscritos en el Libro de Acciones y Accionistas de la compañía, tendrán pleno derecho a participar de la junta general convocada, con voz y voto por el total de sus acciones”<sup>134</sup>, y lo podrá hacer personalmente o por representación.
- Le quórum de las compañías con socio o accionista único se considera completo con la asistencia de éste.
- Existencias varias acciones con un solo propietario, se entiende completo el quórum, y por tanto instalada la junta, con su sola presencia.

Estando el quórum legal y reglamentario, el secretario o quien haga las veces de él, procede a la lectura de los puntos del orden del día. Se pregunta si desean incorporar otros puntos. Si alguien lo propone, su moción debe ser respaldada por

<sup>134</sup> Reglamento, Art. 13.

otro. Fijados los puntos de la Junta, se procede a su conocimiento, deliberación y resolución.

Para la deliberación de los asuntos debe tenerse presente que los socios o accionistas tienen derecho, unos a voz y voto, y otros solamente a voz y que las decisiones se toman por mayoría de votos del capital pagado concurrente a la reunión. Al respecto, debe tenerse presente los siguientes:

- Los votos blancos y las abstenciones se suman a la mayoría numérica o votos simples<sup>135</sup>;
- Los administradores y fiscalizadores, aunque participen en las deliberaciones, no pueden votar sobre<sup>136</sup>:
  - ✓ Aprobación de balances o estados financieros;
  - ✓ Deliberación respecto a su responsabilidad;
  - ✓ Operaciones en las que tengan intereses opuestos a la compañía;
- No se toman como votos nulos las abstenciones de los administradores y fiscalizadores en los casos antes señalados. Así pues, los votos computados, con estas abstenciones, constituyen el 100% del capital social o capital pagado;
- En las compañías de responsabilidad limitada, las resoluciones se toman en relación a los concurrentes en la reunión, considerando la mayoría de socios presentes que votan;
- Los que solo tienen derecho a voz, intervienen haciendo mociones o deliberando;
- Las mociones presentadas, deben ser respaldadas por otro socio. Inmediatamente, si no hay inconveniente, se procede a votar. En caso de empate, se considera negada, pudiendo presentarse en otra junta;
- Si no existe otra forma de tomar el voto, el secretario llama alfabéticamente a cada socio, quien pronuncia su voto en voz alta;

<sup>135</sup> LC. Art. 241.

<sup>136</sup> LC. Art. 243.

- Las resoluciones tomadas en base a los votos, son obligatorias para todos los socios o accionistas;

Terminada la deliberación y resolución, se procede a elaborar el acta de la junta, en el mismo día y hora o dentro de los 15 días posteriores a la misma. El acta se elabora a mano, o por medios mecánicos. Constará en un libro, cuyas hojas deben estar foliadas, enumeradas, llenas en ambas carillas, sin dejar espacios en blanco y rubricadas en ambos lados. Cada Acta contendrá los siguientes datos:

- Nombre de la compañía.
- Cantón, dirección fecha y hora de la junta.
- Nombre y apellidos de los participantes.
- La transcripción del orden del día, forma de la convocatoria, constancia de que los comisarios fueron convocados.
- Indicación del quórum.
- Resumen de las deliberaciones.
- La proclamación de los resultados, indicando la cantidad de votos a favor, en contra, abstenciones.
- La aprobación del acta, si se la hiciera en la misma sesión.
- Las firmas del Presidente y Secretario de la junta.

Aparte de elaborar el Acta de la junta, es obligación del Secretario elaborar el expediente, especie de archivo que contiene los documentos relacionados con la junta, como, por ejemplo:

- La hoja del diario en que conste la publicación de la convocatoria.
- Copia de las convocatorias dirigidas a órganos de fiscalización.
- Lista de los asistentes indicando las participaciones o acciones que representen y, en este último caso, el valor pagado por ellas y los votos que le corresponda; así como, la forma de comparecencia.

- Los nombramientos y poderes de representación entregados para actuar en la junta.
- Copia del acta certificada por el Secretario de la junta dando fe de que el documento es fiel copia del original.
- Los demás documentos que hubieren sido conocidos por la junta.
- Grabación de las juntas realizadas.
- En la legislación societaria ecuatoriana se han presentado algunos inconvenientes respecto a la convocatoria e instalación de la junta general.

La Doctrina de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros<sup>137</sup> del Ecuador ha establecido criterios definitivos al respecto, interpretando la Ley de Compañías. Mencionamos los más importantes y que todo gobierno corporativo debe tener presente:

- a. El número de socios con los que se instala la junta.** La Junta General será válida cuando se reúna con el quórum dispuesto en la Ley de Compañías o en el estatuto social, según se trate de primera, segunda o tercera convocatoria. Se establece que las juntas pueden instalarse con la presencia de una pluralidad determinada de socios, o por un solo socio o accionista. Respecto a lo segundo, la ley de Compañías establece que las sociedades anónimas en que participen instituciones de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública, podrán constituirse y funcionar con un solo accionista<sup>138</sup>. El Reglamento<sup>139</sup> estipula que en las compañías cuyo capital pertenezca a una sola persona, las juntas generales se instalarán con la presencia del único socio o accionista.
- b. En las compañías de responsabilidad limitada las resoluciones se tomarán con las mayorías establecidas en la ley de compañías o en el estatuto, computadas en**

<sup>137</sup> SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS, “Gaceta Societaria, Doctrina Societaria No. 2-150”, octubre, 2018, Quito. De aquí en adelante identificamos esta normativa interna con las siglas DS. Constituye, en materia societaria, “una fuente formal del derecho, convirtiéndose en un medio auxiliar para la determinación y comprensión de las normas jurídicas”<sup>137</sup>: SUPERCÍAS, Resolución No. SCVS-INC-DNCNDN-2018-0036, 3-OCT-2018.

<sup>138</sup> LC., Art, 147 inc. 3: “La compañía anónima no podrá subsistir con menos de dos accionistas, salvo las compañías cuyo capital pertenezca en su totalidad a una entidad del sector público”.

<sup>139</sup> Reglamento, Art. 16: “En las compañías cuyas acciones o participaciones pertenezcan a una sola persona, las juntas generales se instalarán con la asistencia del socio o accionista único”.

**relación con el capital social concurrente.**<sup>140</sup> Así ha interpretado correctamente el Reglamento a la Ley de la materia<sup>141</sup>. Se establece así el principio democrático en la compañía del poder de la mayoría: En la primera convocatoria, es válida la reunión de una compañía limitada si concurre la materia absoluta del capital social (capital pagado en las compañías anónimas), esto es la mitad más uno. De no darse esta reunión, la segunda reunión se convoca y se instala con el capital social presente. Los tratadistas ven también aquí la puesta en práctica de lo que se denomina quórum deliberatorio o decisorio, pues son los socios, al establecerlo en el estatuto, quienes toman las decisiones con sus votos, sin necesidad de que esté el 100% del capital social presente, pero, en la segunda reunión convocada es inútil insistir que debe estar presente la mayoría absoluta o la totalidad del capital social.<sup>142</sup>

- c. No procede la renuncia de un socio o accionista a ser convocado a una junta.**<sup>143</sup> Siendo la Sociedad un contrato abierto al que siempre pueden incorporarse nuevos socios, y siendo esencialmente circulatorias las acciones, no procede tal renuncia elevada a los niveles del contrato social, tanto más cuanto que el objeto de esa renuncia constituye una fundamental obligación del correspondiente administrador. Y es que la misma Ley<sup>144</sup> ha revestido el cumplimiento de este requisito de una cierta solemnidad o publicidad,

<sup>140</sup> DS, No. 143.

<sup>141</sup> En efecto, la LC, Art. 116, dispone que “Salvo disposición en contrario de la Ley o del contrato, las resoluciones se tomarán por mayoría absoluta de los socios presentes. Los votos en blanco y las abstenciones se sumarán a la mayoría”. El Reglamento, Art. 18 inc. 2, se hace eco de la norma y aclara que “En las compañías de responsabilidad limitada las resoluciones se tomarán con las mayorías establecidas en la Ley de Compañías o en el estatuto, y tales mayorías se computarán en relación con el capital social concurrente a la sesión, si así se hubiere establecido en el estatuto. De no ser este el caso, las resoluciones se tomarán con la mayoría de socios presentes”.

<sup>142</sup> GABINO, P., *Sociedades Comerciales*, Editorial Temis, Bogotá, 1977, Pág. 13: “es un error decir como suele hacerse con demasiada frecuencia “quórum decisorio”. Porque el quórum es siempre y solamente el número de socios que deben estar presente o representados para que pueda deliberarse en verdadera Asamblea; y la mayoría decisoria es, a su vez, el número de votos que deben ser emitidos a favor de una decisión de la asamblea, para que pueda considerarse válida y obligatoria. Por otra parte, sin quórum es inexistente la asamblea y son, consiguientemente, ineficaces o inexistentes las decisiones que se trate de adoptar; la falta de la mayoría decisoria afecta de nulidad una decisión y en tal caso, aunque viciada de nulidad, se trata de verdadera decisión si hay quórum y ha sido debidamente convocada la asamblea”. Respecto, a la segunda convocatoria, HERNÁN, V., *De la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Editorial Temis, Bogotá, 1987, Pág.: 157: “la reunión en segunda convocatoria tiene el efecto fundamental de alterar el quórum y la mayoría decisoria como medida remedial de carácter excepcional adoptada por la Ley para asegurar el funcionamiento de la junta de socios”.

<sup>143</sup> DS, No. 32.

<sup>144</sup> LC., Art. 238: “No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida en cualquier tiempo y en cualquier lugar, dentro del territorio nacional, para tratar cualquier asunto, siempre que esté presente todo el capital pagado, y los asistentes, quienes deberán suscribir el acta bajo sanción de nulidad, acepten por unanimidad la celebración de la junta”.

encaminada a garantizar el respeto de esos mismos derechos en el desenvolvimiento de la actividad social. Si se diere el caso que uno o más socios o accionistas renuncian del derecho de ser convocados a la junta general, incluso si lo hicieren a través de una escritura pública ante notario, tal acto voluntario carecería de validez, por cuanto un documento privado público no está por encima de la ley.

- d. La reforma del estatuto de una compañía es decisión de los socios o accionistas y tal acción societaria en nada se opone a la Ley.** La Doctrina<sup>145</sup> señala que “las normas estatutarias prevalecen sobre la ley cuando refuerzan el número de las sesiones de la Junta General o los porcentajes de instalación o de votación necesarios para aprobar las reformas al contrato social”. Es válida la disposición presente en el estatuto si indica que la reforma del mismo se realiza en dos sesiones y, para el efecto, se establece el quórum reglamentario. Es posible que un estatuto diga que la reforma procede con la presencia de la mitad del capital pagado, tal como puede suceder en una compañía anónima, o que en una compañía limitada se establezca que tal reforma procede si está presente el 80% del capital social en primera convocatoria. Lo cierto es que, en la segunda convocatoria para la reforma del estatuto, basta con que esté presente la tercera parte del capital, y, de no darse la segunda reunión basta con el voto de los socios o accionistas presentes, tal como lo establece la ley<sup>146</sup>.
- e. Debe realizarse una convocatoria especial a los comisarios de las compañías.** Es necesario que “En la misma convocatoria en que, de modo general e indistinto, se llame a reunión de junta a los accionistas de las compañías anónimas, en comandita dividida por acciones y de economía mixta, o a los socios de las compañías de responsabilidad limitada, también se convocará, de forma “especial” e “individual”, a sus comisarios”<sup>147</sup>. La convocatoria especial e individual al comisario de las compañías anónimas, en

<sup>145</sup> DS, No. 38.

<sup>146</sup> LC., Art. 240: “Para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente..., cualquier modificación de los estatutos, habrá de concurrir a ella la mitad del capital pagado. En segunda convocatoria bastará la representación de la tercera parte del capital pagado. Si luego de la segunda convocatoria no hubiere el quórum requerido se procederá a efectuar una tercera convocatoria, la que no podrá demorar más de sesenta días contados a partir de la fecha fijada para la primera reunión, ni modificar el objeto de ésta. La junta general así convocada se constituirá con el número de accionistas presentes...”.

<sup>147</sup> DS, No. 39.

comandita dividida por acciones y de economía mixta, dicha convocatoria, "especial" e "individual", se realiza por un diario de mayor circulación nacional, y, por otro medio adicional, cuando el estatuto lo disponga o prevea. De igual forma se procede en las compañías de responsabilidad limitada<sup>148</sup>. De no cumplirse con este requisito, serán nulas las resoluciones de la Junta General en cuya convocatoria se hubiere omitido el llamamiento, "especial" e "individual", a sus comisarios. Al respecto existen dos excepciones:

- Cuando la junta se promoviere sin convocatoria (junta universal o totalitaria); y,
- Cuando la convocare el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros<sup>149</sup>.

f. **Los socios minoritarios pueden convocar a junta general, a través de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.** La Ley<sup>150</sup> establece este derecho en favor de socios o accionistas que representan la décima parte (compañías de responsabilidad limitada) o la cuarta parte del capital social (compañías anónimas). Este derecho puede ejercerse en cualquier tiempo, solicitado al administrador que estuviera autorizado para convocar según los estatutos o al organismo directivo de la compañía, con el fin de tratar cualquier tema de la compañía. Si fuere negado este derecho favorablemente en un plazo de 15 días, desde recibida la solicitud, los socios afectados por tal decisión pueden solicitar a la Superintendencia que convoque a junta. Por tanto, sería ilegal la disposición si en un estatuto se dijera que gozan de este derecho aquellos socios o accionistas que representan más de la cuarta parte o del 25% del capital social, o que si tal requisito dispone que tal derecho se puede ejercer si representan menos de esos porcentajes.

g. **En cuanto el lugar en donde se convoca a junta.** No debe confundirse el "domicilio principal" o "sede social" con el establecimiento de comercio o la "oficina mercantil", que también se suele llamar el "local social". Las compañías poseen un "domicilio",

<sup>148</sup> LC., Art. 242: "Los comisarios concurrirán a las juntas generales y serán especial e individualmente convocados. Su inasistencia no será causal de diferimiento de la reunión".

<sup>149</sup> La Superintendencia tiene esta potestad, siempre y cuando lo soliciten accionistas que representen al menos el 25% del capital social, si la compañía es anónima, o del o de los socios que representen por lo menos el 10% de dicho capital, si la compañía fuese de responsabilidad limitada. Cf. LC., Arts. 213, inc. Segundo, y 120.

<sup>150</sup> LC, Arts. 120, 213.

señalado en el estatuto. La Ley define al domicilio como "... la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella."<sup>151</sup> Así pues, el domicilio de una sociedad anónima es el cantón donde está su sede principal. Se trata de la jurisdicción territorial o asiento de sus negocios, como si dijéramos que la Compañía XYZ tiene su domicilio en la ciudad de Guayaquil, sin especificar una dirección exacta. Este domicilio "legal" no debe confundirse con las expresiones "oficina mercantil" o "establecimiento de comercio", que emplea el Código de Comercio<sup>152</sup>, pues se refiere a la "dirección domiciliaria" o el "local social" de la compañía, como cuando se indica que la Compañía XYZ tiene sus oficinas En la Avenida Portete No. 345, entre la 38 y la 39. La expresión "sede social" suele confundirse con la dirección, pero, en principio se refiere al domicilio principal, y, si se emplea debe indicarse la dirección, como si la convocatoria dijera que la junta general se llevará a cabo en la sede social de la compañía que queda en la Avenida Portete No. 345, entre la 38 y la 39. Por tanto, "Por ende, al convocarse a Junta General debe indicarse con precisión el lugar o sitio específico dentro del domicilio de la compañía en que se va a realizar la sesión, es decir, la dirección del local donde ella va a tener lugar, que bien podría ser -si así se indicara en la convocatoria- el local donde funcionan las oficinas de la sociedad; pues es valor entendido que todas las juntas que se reúnan por convocatoria previa (salvo el caso de las "universales") deben celebrarse necesariamente en el domicilio principal de la compañía"<sup>153</sup>.

- h. **El acta y el expediente son medios de prueba.** Así lo establece la Ley, en protección de los intereses de la propia compañía, de sus socios o accionistas y de sus funcionarios en general. Los acuerdos y resoluciones de la Junta General de Socios o Accionistas son, pues, la máxima manifestación de la voluntad social. Dichos acuerdos y resoluciones, cuando han sido tomados de conformidad con la Ley, e incluso en su simple dimensión oral, tienen valor legal por sí solos, sin necesidad de ninguna formalidad. Pero, para su mayor refuerzo, se lo reducen por escrito, en documentos denominados actas y expediente, con el fin de que sirvan de prueba documental de la existencia de la

<sup>151</sup> Código Civil, Art. 45.

<sup>152</sup> CCom., Art., 55 inc. Segundo

<sup>153</sup> DS, No. 100.



convocatoria, de la celebración de la junta, así como de los acuerdos y decisiones tomadas en ella<sup>154</sup>.

- i. **No existe objeción alguna si a los socios se les notifica de la convocatoria a cada uno por comunicación escrita y a la vez por la prensa<sup>155</sup>.** La Ley establece que la compañía puede establecer la forma de deliberar y resolver en la junta general, así como la forma de convocarla (por la prensa y otros medios) y constituir la<sup>156</sup>. Prevé pues la misma norma que puede realizarse la convocatoria simultáneamente por la prensa y otros medios, como por mensaje de texto, red social, correo electrónico, etc.
  
- j. **Remoción de administradores<sup>157</sup>.** La remoción de los administradores de las compañías anónimas puede ser resuelta por la junta general de accionistas en cualquier tiempo, aun cuando el asunto no figure en el orden del día de la convocatoria respectiva, sin que importe la calificación de ordinaria o extraordinaria que pueda o quiera darse a dicha junta general. La Ley<sup>158</sup>, después de indicar en su primer inciso qué es lo que la junta general ordinaria debe conocer por lo menos una vez al año, aclara que dicha junta ordinaria puede deliberar sobre la suspensión de los administradores, aun cuando no conste en el orden del día dicho asunto. Esta disposición no se aplica a las compañías de responsabilidad limitada, sobre todo cuando se trata de acciones de responsabilidad contra los administradores<sup>159</sup>.

<sup>154</sup> ARANA GONDRA, A., *Manual de Organización Jurídica de la Sociedad Anónima*, Editorial INDEX, Quito, 1978, Pág. 87: “hay que señalar que una cosa es el acta, considerada como documento, y otra cosa distinta son los actos a que aquella se refiere. Para la eficacia del documento, según se ha indicado, resulta indispensable su aprobación; pero para la eficacia de los actos contenidos en el documento, es decir, para la validez de los acuerdos de la Junta General, no es indispensable el acta como una forma requerida *ad solemnitatem*. En definitiva, el acta no se convertirá en documento eficaz hasta que se proceda a su aprobación; pero los acuerdos de la Junta pueden ser válidos, aunque susceptibles de impugnación dentro del plazo legal, independientemente de la aprobación del acta (y obviamente de su legalización con las firmas pertinentes)”.

<sup>155</sup> DS, No. 134.

<sup>156</sup> Cf. LC. Arts. 137, 119.

<sup>157</sup> DS, No. 37; Cf. LC. Art. 272

<sup>158</sup> LC., Art. 234

<sup>159</sup> DS, No. 138.

### 2.5.3 Funciones de la Junta General

La Junta General convocada, posee competencias, prerrogativas o funciones específicas, establecidas en la Ley de Compañías<sup>160</sup>, y son las siguientes:

1. Nombrar y remover a los miembros de los organismos administrativos, comisarios, o cualquier otro personero o funcionario cuyo cargo hubiere sido creado por el estatuto.
2. Conocer anualmente las cuentas, el balance, los informes que le presentaren los administradores o directores y los comisarios acerca de los negocios sociales y dictar la resolución correspondiente, así como los informes de auditoría externa en los casos que proceda.
3. Fijar la retribución de los comisarios, administradores e integrantes de los organismos de administración y fiscalización, cuando no estuviere determinada en los estatutos o su señalamiento no corresponda a otro organismo o funcionario.
4. Resolver sobre:
  - la distribución de los beneficios sociales.
  - la emisión de las partes beneficiarias y de las obligaciones.
  - la amortización de las acciones.
  - la fusión, transformación, escisión, disolución y liquidación de la compañía; nombrar liquidadores, fijar el procedimiento para la liquidación, la retribución de los liquidadores y considerar las cuentas de liquidación.
  - la forma de reparto de utilidades.
  - la amortización de las partes sociales.
5. Acordar todas las modificaciones al contrato social.
6. Fijar las retribuciones de los comisarios, administradores e integrantes de los organismos de administración y fiscalización, si no están determinadas en el estatuto.
7. Autorizar la enajenación o hipoteca de los bienes sociales, salvo si estos sean el objeto social de la compañía<sup>161</sup>.

<sup>160</sup> LC. Arts. 231, 118.

<sup>161</sup> LC., Art. 253.

8. Designar el consejo de vigilancia, en el caso de que el contrato social hubiere previsto la existencia de este organismo.
9. Aprobar las cuentas y los balances que presenten los administradores y gerentes.
10. Consentir en la cesión de las partes sociales y en la admisión de nuevos socios.
11. Decidir acerca del aumento o disminución del capital y la prórroga del contrato social
12. Resolver, si en el contrato social no se establece otra cosa, el gravamen o la enajenación de inmuebles propios de la compañía<sup>162</sup>.
13. Resolver acerca de la disolución anticipada de la compañía.
14. Acordar la exclusión del socio por las siguientes causales<sup>163</sup>:
  - Si se sirve de la firma o de los capitales sociales en provecho propio.
  - Si comete fraude en la administración o en la contabilidad.
  - Si se ausenta y, requerido, no vuelve ni justifica la causa de su ausencia.
  - Si interviene en la administración sin estar autorizado por el contrato de compañía
  - Si constituido en mora no hace el pago de su cuota social.
  - Si quiebra.
  - Si falta gravemente al cumplimiento de sus obligaciones sociales.
15. Disponer que se entablen las acciones correspondientes en contra de los administradores o gerentes.
16. Interpretar con carácter de obligatorio los casos de duda sobre las disposiciones del estatuto y otras disposiciones.
17. Aprobar:
  - Reglamentos.
  - Presupuestos.
18. Resolver sobre la creación o supresión de sucursales, agencias, representaciones y oficinas de la compañía.
19. Fijar la clase y monto de las cauciones que deben rendir los empleados que manejan bienes y valores de la compañía.
20. Fijar La cuantía de los actos y contratos con el fin de que el gerente general pueda actuar solo.

<sup>162</sup> Si esta prerrogativa el contrato social se la otorga al gerente, nada podría hacer ya la junta.

<sup>163</sup> LC. Art. 82.

21. Fijar la cuantía desde y hasta la que el gerente general puede actuar conjuntamente con el presidente.
22. Fijar la cuantía y contratos que requieren autorización del directorio<sup>164</sup>.
23. Las demás atribuciones que puede establecerse en la Ley, el Estatuto o la Junta.

#### 2.5.4 Disposiciones adicionales

No es menos cierto que el gobierno corporativo de una empresa, además de las disposiciones establecidas en la Ley de Compañías y en el Reglamento sobre Juntas Generales de Socios y Accionistas, debe contemplar procedimientos adicionales, con el fin de facilitar la participación de los accionistas, el acceso a la información, el trato equitativo, la toma de decisiones con información previa.

- **Convocatoria.** Los accionistas deben contar con una información anticipada sobre los temas a tratar en la Junta. Por ello, es recomendable que:
  - ✓ la documentación de la información debe ponerse a disposición de los accionistas dentro del término de la convocatoria, en el domicilio de la compañía;
  - ✓ la información de los posibles candidatos que van a ocupar los cargos directivos, administrativos o de control interno;
  - ✓ la documentación de la información financiera de la matriz, sobre todo cuando la compañía tenga sociedades subordinadas;
  - ✓ la compañía tenga una página web, con el fin de proporcionar información sobre las convocatorias y cualquier otro evento que debe ser conocido por los accionistas;
  - ✓ Los puntos a tratar en el orden del día deben tener una secuencia lógica, distinguiendo aquellos en los que se decidirá, por ejemplo, sobre designaciones a los cargos internos, discusión sobre inversiones, medidas de seguridad interna, reforma del estatuto, etc. Los temas, pues, deben tener conexión entre sí, de lo contrario, es posible que los accionistas pierdan interés en ellos.

<sup>164</sup> Aunque, como dice la LC., Art. 12: “Será ineficaz contra terceros cualquiera limitación de las facultades representativas de los administradores o gerentes que se estipulare en el contrato social o en sus reformas”

- **Celebración de la Junta.** Los asuntos importantes deben ser tratados necesariamente por la junta general. No basta, pues, que solo lo aborden la junta directiva, o que solamente los puntos establecidos en la convocatoria sean los únicos que deban ser tratados. En este sentido:
  - ✓ Una vez iniciada la junta y leído el Orden del Día, única que puede aprobar los temas y los demás que se mocionen, deben ser aprobados por la asamblea general.
  - ✓ No deben dejarse a un lado temas que, al no incluirse en el orden del día, deben ser tratados, como, por ejemplo: renuncia al derecho de preferencia en la suscripción, cambio de domicilio, disolución anticipada y segregación.
  - ✓ Implementar mecanismos electrónicos para que los accionistas ausentes puedan seguir en vivo la junta (video conferencia, por ejemplo).
- En general, se recomienda también lo siguiente:
  - ✓ Dar a conocer al público, los derechos y obligaciones a la calidad inherente de accionista, para futuros inversionistas.
  - ✓ Dar a conocer las clases de accionista emitidas por la empresa.
  - ✓ Dar a conocer la cantidad de acciones emitidas.
  - ✓ Dar a conocer la cantidad de acciones en reserva de cada clase de acciones.

## 2.6 Estructura del directorio o junta directiva

En toda compañía se precisa de la “intervención de órganos internos que coadyuven a la consecución de sus fines, permitiendo su actuación y representación frente a terceros, frente al Estado y a sus propios accionistas”<sup>165</sup>. Estos órganos internos admiten modalidades, como: de representación frente a terceros, para ejecutar los negocios; de vigilancia de la gestión de los anteriores; y, de gestión interna encargados del nombramiento, actuación o revocación de cargos<sup>166</sup>.

<sup>165</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, O., “El Directorio de las Sociedades”, Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, Derecho Societario, Gaceta jurídica, Lima, 2003, pág. 581.

<sup>166</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, O., *El Directorio de las Sociedades...*, op. cit., pág. 584.

El Directorio o Junta Directiva es uno de estos organismos internos y constituye la parte de representación y gestión de la empresa y siempre está subordinada a la Junta General, pues esta designa a sus miembros y establece, según los estatutos, en donde consta los requisitos, funciones, deberes, derechos de sus miembros, así como el periodo de su gobierno, limitaciones, sanciones, etc.

La organización o estructura de la Junta Directiva difiere en su composición según la normativa societaria de cada país, sus necesidades o la tradición corporativa. Así, por ejemplo, la estructura típica de las juntas directivas de las compañías localizadas en países con tradición de derecho consuetudinario, como EE.UU., Reino Unido y países del Commonwealth, están compuesta por miembros ejecutivos y no ejecutivos, estos últimos independientes. La administración se delega a un comité ejecutivo, vicepresidente ejecutivo, gerente o equipo de gerencia, y la representación legal se la encomiendan al presidente de la compañía<sup>167</sup>.

América Latina opta más bien por una estructura de la compañía de tipo civilista, tal como existe en Francia, Alemania, países de Europa Oriental. Se trata de una estructura en dos niveles: de representación y administración.

En este marco se ubica la junta directiva ecuatoriana. Según el artículo 251 de la Ley de Compañías<sup>168</sup>, en el estatuto social debe señalarse si la compañía nombrará, como parte de la Junta Directiva, a título de administradores, al gerente, gerentes, presidente u otros agentes, y quién de entre ellos, ejercerá la representación legal (judicial y extrajudicial) de la sociedad. Su nombramiento es requisito sine qua non para que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros apruebe la constitución de la compañía, y bien puede rehacer sobre una persona natural o jurídica, por su carácter orgánico, esto es, de órgano de dirección y

<sup>167</sup> MOLINA, C., “Los directores independientes y el gobierno de las empresas”, Debates IESA, 2006, Núm. 11(4), págs., 16-24. Los lineamientos de gobierno corporativo de este tipo de juntas directivas las podemos encontrar en estas obras en inglés: HOSSAIN, M., PRESVOST, A.K., and RAP, R.P. “Corporate governance in New Zeland: The effect of the 1993 Companies Act on the relation between board composition and firm performance”, Pacific-Basin Finance Journal of Finance, 2001, Núm 40 (3), Págs.. 831-880; KRIVOGORSKY, V., “Ownership board structure, and performance in continental Europe”, The international Journal of Accounting, 2006, Núm 41 (2), Págs. 150-197.

<sup>168</sup> LC., Art. 251.- “El contrato social fijará la estructura administrativa de la compañía”.

administración, sobre todo en compañías grandes: “Si la representación recayere sobre un organismo social, éste actuará por medio de un presidente”<sup>169</sup>.

Básicamente, por costumbre las compañías ecuatorianas con cuatro miembros o más, tienen la siguiente estructura:

- Presidente.
- Vicepresidente (uno o más).
- Gerente.
- Miembro (uno o más, muchas veces llamados vocales).

EL presidente siempre es el encargado de presidir la junta general y la junta directiva. El vicepresidente tiene la función de reemplazar al presidente en su ausencia temporal. El tesorero se encarga de las cuentas de la compañía. Pero, la representación legal de la compañía recae casi siempre en el gerente. El gerente ejecuta las decisiones emanadas del directorio. La compañía puede tener uno o varios gerentes, de acuerdo a sus necesidades, pero la gerencia principal la realiza la gerencia o gerente general (origen de las demás gerencias), que asume las responsabilidades, representación y facultades, de acuerdo a la normativa societaria de cada país, el estatuto de la compañía o lo que decida el directorio. En este contexto, el presidente ejerce la representación de la compañía, mientras que la administración recae en la persona del gerente. En ocasiones, por disposición de la Junta General, una misma persona puede tener las facultades de presidente y gerente.

Es conveniente que la Junta Directiva de cualquier compañía ponga en prácticas algunas recomendaciones útiles para su buen funcionamiento y gobierno<sup>170</sup>:

- Estar conformada por un número impar de miembros para asegurar la imparcialidad de las decisiones, el ejercicio de la democracia en la Junta, adecuado desempeño en las funciones, eficaz administración y gobierno.

<sup>169</sup> LC., Art. 252.

<sup>170</sup> En Colombia se ha avanzado mucho en establecer disposiciones adicionales para una mejor gestión de la junta directiva: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, Código de Mejores Prácticas Corporativas, Circular Externa 028 de 2007- Anexo 3, Págs. 5-10.

- Las reuniones deben ser por lo menos una vez al mes, para asegurar el seguimiento del cumplimiento de las leyes, fines y acuerdos. Reunirse cada dos o tres meses es mucho tiempo y sería ocasión para dejar a un lado el tratamiento de asuntos urgentes en la compañía.
- Elaborar y cumplir un Reglamento Interno. Podemos llamarlo de gestión o de funcionamiento. Lo importante es que tenga carácter de obligatorio para sus miembros. Debe ser presentado a la asamblea general para su conocimiento y aprobación. Principalmente, debe regular tres puntos básicos:
  - ✓ Debe proporcionarse entre sí la información relacionada con la emisión de acciones, inversiones, en donde se realizará, quien es su detentor, las obligaciones, derechos y obligaciones que se derivan del cargo que ocupa;
  - ✓ Las actas de reuniones deben contener información de las fuentes y motivos de las decisiones tomadas, los votos a favor y en contra, o las razones positivas o negativas de la toma de decisiones.
  - ✓ Los miembros deben tener acceso inmediato y sin trabas de la información relevante para la toma de decisiones, según el orden del día establecido;
  - ✓ En este sentido, debe incluirse el término o plazo en el que, al estar instalada la Junta, se presente dicha información relevante.
- La designación de director debe recaer sobre aquella persona que tenga preparación para el cargo, experiencia profesional y formación académica.
- No debe nombrarse como miembro del directorio a personas relacionadas laboralmente con la empresa, o que puedan formar mayorías decisorias.



### 2.6.1. Funciones y atribuciones del Directorio

Conviene tener presente que el directorio y sus miembros son amovibles<sup>171</sup>: su designación y remoción es una facultad exclusiva de la junta general<sup>172</sup>. De otro lado, de su existencia depende el funcionamiento de la compañía, desde su fundación<sup>173</sup>. Y así debe constar en el Estatuto societario<sup>174</sup>. En la sociedad de capitales cumple una función especializada y técnica, por la cual recibe una remuneración<sup>175</sup>.

Podemos establecer funciones generales o comunes<sup>176</sup> para los miembros del directorio, así como funciones específicas para el presidente y gerente<sup>177</sup>, en el marco de un buen gobierno corporativo que busca el accionar del directorio en relación a la protección de los intereses de la sociedad.

<sup>171</sup> La LC. señala que los administradores son mandatarios amovibles: “Se administra por mandatarios amovibles, socios o no” (Art. 144). El CC, artículo 2020 define al mandato como “un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario”. La referencia del administrador también la encontramos en el CCom: “Factor es el gerente de una empresa o establecimiento mercantil o fabril, o de un ramo de ellos, que administra por cuenta del dueño” (Art. 117). Sin embargo, en la práctica, como indica Sperber, el administrador de una compañía se diferencia del mandatario civil o comercial, pues, mientras el nombramiento del mandatario no es *una conditio sine qua non* para la existencia del mandante, y si lo nombra, simplemente cumple con las instrucciones concretas del mandante (representación negocial), teniendo una relación de dependencia laboral con él, el nombramiento de un administrador como representante y/o ejecutor es necesaria para la existencia de la empresa, sea en su base fundacional o en su *iter* societario. SPERBER, D., “El gobierno Corporativo, ¿en el Ecuador?”, *Revista de Derecho Iuris Dictio*, Vol. 7, Núm. 10, 2007, pág. 77.

<sup>172</sup> LC., Art. 118: “Son atribuciones de la junta general: a) Designar y remover administradores y gerentes”.

<sup>173</sup> LC., Art. 152: “La Superintendencia de Compañías no aprobará la constitución de una compañía anónima si del contrato social no aparece claramente determinado quién o quiénes tienen su representación judicial y extrajudicial”.

<sup>174</sup> LC. Art. 150: La Escritura de fundación contendrá: “8. La forma de administración y las facultades de los administradores; 10. La forma de designación de los administradores y la clara enunciación de los funcionarios que tengan la representación legal de la compañía”.

<sup>175</sup> LC., Art. 231: “Es competencia de la junta general: 3. Fijar la retribución de los comisarios, administradores e integrantes de los organismos de administración y fiscalización, cuando no estuviere determinada en los estatutos”. En las sociedades de personas o comandita simple, el administrador, elegido por mayoría de votos, no recibe remuneración por su condición de socio que debe responder hasta el monto de su aportación (Cf. LC., Arts. 59 y 65).

<sup>176</sup> LOVATO, M., *Implementación de prácticas de buen gobierno corporativo en empresas familiares ecuatorianas*, Universidad de las Américas, Quito, 2010, págs. 74-75.

<sup>177</sup> La Superintendencia de Compañías ha creado un Instructivo de las sociedades mercantiles, Págs., 13,16,23,26, en donde consta no sólo la naturaleza, estructura y creación de las sociedades, sino también las atribuciones, deberes, derechos de los organismos internos: Superintendencia de Compañías, Instructivo para Sociedades. En: [https://www.supercias.gob.ec/bd\\_supercias/descargas/ss/instructivo\\_soc.pdf](https://www.supercias.gob.ec/bd_supercias/descargas/ss/instructivo_soc.pdf)

**a. Funciones comunes:**

- Cumplir con el objeto social.
- Crear y revisar las estrategias generales de la compañía.
- Fortalecer mecanismo de buena relación entre propietarios, clientes y proveedores.
- Controlar que las directrices de la Junta General sean acatadas por los demás órganos de administración.
- Identificar posibles riesgos de la compañía.
- Implementar auditorías internas y externas. La presencia del auditor interno o externo, que bien pueden ser una persona natural o jurídica, se encarga básicamente de revisar los estados financieros. El auditor puede ser externo o interno.

El auditor externo, además de la revisión de los estados financieros, debe efectuar revisiones trimestrales, semestrales u otros, por mandato legal o por convenir a los intereses de la Compañía, debiendo de comunicar de inmediato al Directorio los resultados del estudio desarrollado.

La Compañía puede tener un Auditor Interno principal y suplente, solamente personas naturales quienes serán nombrados y removidos en cualquier tiempo por la Junta General de Accionistas. No puede desempeñar ninguna otra dignidad o función en la Compañía<sup>178</sup>.

- Formular las cuentas anuales.
- Presentar el informe Anual de Buen Gobierno Corporativo.

**b. Funciones específicas del presidente:**

- Presidir las reuniones de junta general a las que asista y suscribir, con el secretario, las actas respectivas.
- Suscribir con el gerente los certificados de aportación, y extender el que corresponda a cada socio.

<sup>178</sup> VILLARREAL, V., *Creación de políticas de buen gobierno corporativo para la aplicación de la cultura jurídica por efecto de la actualización de la legislación vigente en el país*, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2014, Pág. 17.

- Subrogar al gerente en el ejercicio de sus funciones, en caso de que faltare, se ausentare o estuviere impedido de actuar, temporal o definitivamente.

**c. Funciones específicas del gerente<sup>179</sup>:**

- Cumplir la Ley, el estatuto y las disposiciones de la Junta General. “A falta de estipulación contractual o de resolución de la junta general, se entenderá que se hallan facultados para representar a la compañía judicial y extrajudicialmente y para realizar toda clase de gestiones, actos y contratos, con excepción de aquellos que fueren extraños al contrato social, de aquellos que pudieren impedir que posteriormente la compañía cumpla sus fines y de todo lo que implique reforma del contrato social.”<sup>180</sup>
- Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la compañía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Compañías.<sup>181</sup>
- Convocar a las reuniones de junta general.<sup>182</sup>
- Presentar el estado financiero. Es obligación presentar “balance anual y la cuenta de pérdidas y ganancias, así como la propuesta de distribución de beneficios, en el plazo de sesenta días a contarse de la terminación del respectivo ejercicio económico; deberán también cuidar de que se lleve debidamente la contabilidad y correspondencia de la compañía y cumplir y hacer cumplir la Ley, el contrato social y las resoluciones de la junta general.”<sup>183</sup>
- Están obligados a realizar sus actividades con diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente<sup>184</sup>. Hay que tener presente que la falta de esta diligencia constituye culpa o descuido leve.
- Presentar nómina de compañías extranjeras socias. Se trata de una obligación del gerente de la compañía de responsabilidad limitada. Debe presentar en el mes de enero de cada año a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros la

<sup>179</sup> LC, Art. 263.

<sup>180</sup> LC., Art. 123.

<sup>181</sup> LC, Art. 12: “Será ineficaz contra terceros cualquiera limitación de las facultades representativas de los administradores o gerentes que se estipulare en el contrato social o en sus reformas.

<sup>182</sup> LC, Art. 119: “Las juntas generales son ordinarias y extraordinarias y se reunirán en el domicilio principal de la compañía, previa convocatoria del administrador o del gerente”

<sup>183</sup> LC, Art. 124

<sup>184</sup> LC., Art. 125

nómina de las compañías extranjeras que figuraren como socias suyas, con indicación de los nombres, nacionalidades y domicilios correspondientes, junto con xerocopias notariadas de las certificaciones<sup>185</sup>. En este sentido, en el mes de diciembre de cada año, debe presentar:

- ✓ una certificación extendida por la autoridad competente del país de origen en la que se acredite que la sociedad en cuestión se encuentra legalmente existente en dicho país.
  - ✓ lista completa de todos sus socios o miembros, con indicación de sus nombres, apellidos y estados civiles, si fueren personas naturales, o la denominación o razón social, si fueren personas jurídicas y, en ambos casos, sus nacionalidades y domicilios, suscrita y certificada ante Notario Público por el secretario, administrador o funcionario de la prenombrada sociedad, que estuviere autorizado al respecto, o por un apoderado legalmente constituido.
  - ✓ La certificación antedicha deberá estar autenticada por Cónsul ecuatoriano o apostillada, al igual que la lista referida si hubiere sido suscrita en el exterior.
- 
- Inscribir en el Registro mercantil los nombramientos de los liquidadores.
  - No pueden delegar las funciones de su cargo, sin noticia o consentimiento de su principal<sup>186</sup>.
  - Ejercer las atribuciones previstas para los administradores en la Ley de Compañías y otras leyes.

Las atribuciones para los administradores establecidas por la ley de Compañías están diseminadas en todo el cuerpo normativo. Son las siguientes:

<sup>185</sup> LC., Art. 131 y 115 letra h). Si ambos documentos no se presentan antes de la instalación de la próxima junta general ordinaria de socios que se deberá reunir dentro del primer trimestre del año siguiente, la sociedad extranjera prenombrada no podrá concurrir, ni intervenir ni votar en dicha junta general. La sociedad extranjera que incumpla esta obligación “por dos o más años consecutivos podrá ser excluida de la compañía de conformidad con los Arts. 82 y 83 de esta Ley previo el acuerdo de la junta general de socios mencionado en el literal j) del Art. 118” (Art. 115, letra h).

<sup>186</sup> CCom., Art. 134.

- La representación se extiende a todos los asuntos de giro y tráfico de operaciones comerciales o civiles. Tal disposición la encontramos en el Código de Comercio<sup>187</sup>:
- ✓ En las operaciones que ejecute, debe indicar que contrata a nombre de la compañía que representa.
- ✓ En los documentos que suscriba, pondrá antes de la firma, que obran por poder
- ✓ De esta manera, obligan a la compañía al cumplimiento de los contratos que celebre sin quedar ellos personalmente obligados.
- ✓ La violación de las instrucciones, la aprobación del resultado de una negociación, o el abuso de confianza de parte del gerente, no exonera a la compañía de la obligación de llevar a ejecución los contratos.
- ✓ Si el gerente omite la expresión que obra por el cargo conferido, queda personalmente obligado a cumplir los contratos que celebren.
- ✓ Sin embargo, se entiende que lo ha hecho por cuenta de la compañía, en los casos siguientes:
  - 1.- Cuando el contrato corresponde al giro ordinario del establecimiento que administran;
  - 2.- Si hubieren contratado por orden del principal, aunque la operación no esté comprendida en el giro ordinario del establecimiento;
  - 3.- Si el principal hubiere ratificado expresa o tácitamente el contrato, aunque se haya celebrado sin su orden; y,
  - 4.- Si el resultado de la negociación se hubiere de convertir en provecho del principal.
- ✓ En cualquiera de los casos mencionados, los terceros que contrataren con el gerente, podrán, a su elección, dirigir sus acciones contra estos o contra sus principales, pero no contra ambos.
- Constituir prendas.
- Enajenar los bienes sociales<sup>188</sup>: La enajenación de los bienes sociales precisa de la autorización de la junta general, a no ser que forme parte del objeto social de la

<sup>187</sup> CCom., Arts. 129-133.

<sup>188</sup> LC., Art. 253.

misma, como en el caso de compañías dedicadas a la compra-venta de bienes inmuebles.

- Hipotecar los bienes sociales: Se aplica el mismo criterio para la enajenación de bienes sociales. Si no forma parte del objeto social, debe tener autorización de la junta general.
- Afiliación de los empleados<sup>189</sup>: Los administradores tienen la función específica de afiliar a los empleados de la compañía y demás obligaciones con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, como los “aportes personales, patronales, fondos de reserva y descuentos que ordenaren”.

### **2.6.2 Dimensiones y selección de miembros del Directorio**

Para ser miembro del directorio, es necesario tener la capacidad legal para contratar, es decir, tener el poder de obligarse por sí mismo y sin el ministerio o autorización de otra persona.

Por tanto, en principio para ser miembro de un Directorio se precisa:

- Ser mayor de edad.
- No haber sido declarado por la ley como un incapaz absoluto, como “los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas”<sup>190</sup>.

No pueden ser parte del directorio de la compañía<sup>191</sup>:

- Sus banqueros, arrendatarios, constructores o suministradores de materiales por cuenta de la misma compañía.
- Las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos.

<sup>189</sup> Ley de Seguridad Social (LSS), Ley 55, R.O. Suplemento 465, 30/noviembre/2001, última modificación: 21/agosto/2018, Arts. 2; 12, letra b). El Artículo 75 de la LSS dispone esta que “Iguales obligaciones y responsabilidades tienen los patronos privados y, solidariamente, sus mandatarios y representantes, tanto por la afiliación oportuna de sus trabajadores como por la remisión al IESS, dentro de los plazos señalados, de los aportes personales, patronales, fondos de reserva y los descuentos que se ordenaren. La responsabilidad solidaria de mandatarios y representantes se referirá a actos u omisiones producidas en el período de su mandato y subsistirá después de extinguido éste.”

<sup>190</sup> CC., Art. 1463.

<sup>191</sup> LC., Art. 258; CCom, Art. 7.

- Los funcionarios públicos a quienes está prohibido ejercer el comercio<sup>192</sup>
- Los quebrados que no estén rehabilitados.

Aunque el cargo de administrador es objeto de remoción, se debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Ejercerá el cargo para el tiempo designado.
- Puede ser removido cuando no presente de forma oportuna el balance<sup>193</sup>.
- En caso de renuncia, debe esperar que el nuevo administrador sea designado por la Junta General o la Junta Directiva. Si la Junta no designa aun al nuevo gerente, debe dejar que transcurra 30 días, contados desde el momento de su renuncia<sup>194</sup>
- Responde solidariamente ante la compañía y terceros, sobre<sup>195</sup>:
  - ✓ La verdad del capital suscrito y de la verdad de la entrega de los bienes aportados por los socios o accionistas.
  - ✓ La existencia real de los dividendos declarados.
  - ✓ La existencia y exactitud de los libros de la compañía.
  - ✓ El exacto cumplimiento de los acuerdos de las juntas generales.
  - ✓ El cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley para la existencia de la compañía.
  - ✓ La relación con los trabajadores de la compañía<sup>196</sup>.

<sup>192</sup> El Código Orgánico Administrativo (COA), R.O Suplemento, 31/julio/2017, en su artículo 86 dispone que el servidor público debe excusarse (o ser recusado), cuando el ejercicio de su función pública entra en conflicto con intereses personales mercantiles. En este sentido, no debe “1. Tener interés personal o profesional en el asunto. 2. Mantener relaciones comerciales, societarias o financieras, directa o indirectamente, con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender personalmente dichos asuntos. 3. Ser pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de cualquiera de los interesados, de su representante legal, mandatario o administrador. 4. Tener amistad íntima, enemistad manifiesta, conflicto de intereses o controversia pendiente, con la persona interesada. 5. Haber intervenido como representante, perito o testigo en el procedimiento del que se trate. 6. Tener relación laboral con la persona natural o jurídica interesada en el asunto o haber prestado servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar, en el año inmediato anterior.”

<sup>193</sup> LC., Art. 263, No. 1.

<sup>194</sup> LC., Art. 269. La responsabilidad es tanto por los actos y omisiones “producidas en el periodo de su mandato y subsistirá después de extinguido éste”: LSS, Art. 75, inc. 2.

<sup>195</sup> LC, Art. 256.

<sup>196</sup> Código del Trabajo, R.O Suplemento 167, 16/diciembre/2005, última modificación: 21/agosto/2018, Art. 36; LSS, Art. 75.

- Cuando son dos administradores, la oposición de uno de ellos imposibilita la consumación del acto; si son tres o más, al no existir el voto de la mayoría, imposibilita la realización del acto<sup>197</sup>.
- El administrador incluso, por sus acciones y omisiones, puede ser objeto de responsabilidad penal y civil, como cuando no declara o no paga al Servicio de rentas Internas los valores.
- Frente a la compañía, la responsabilidad de los administradores cesa cuando<sup>198</sup>:
  - ✓ se realice la aprobación del balance y sus anexos.
  - ✓ cumpla con los acuerdos tomados por la Junta General.
  - ✓ se apruebe su gestión, renuncie expresamente la acción de responsabilidad
  - ✓ por transacción acordada con la Junta general.
  - ✓ exprese su oposición a las resoluciones de la Junta General, dentro del término de 10 días desde la fecha en que conocieron de la misma y dieron noticia inmediata a los organismos de control, como le comisario<sup>199</sup>.

## 2.7 PROTOCOLO

Los propietarios de las compañías muchas veces se conforman con el cumplimiento de la normativa societaria relacionada con la creación de la compañía, inscripción, organización, inversión de capitales, producción de bienes y servicios, sin plantearse el hecho que, como toda comunidad mercantil está compuesta no de bienes muebles e inmuebles sino de personas, llámense accionistas, administradores, trabajadores, proveedores, acreedores, fiscalizadores, etc. Se olvidan que la empresa puede obtener ganancias por encima de las expectativas si logra armonizar y encauzar la relación societaria entre ellos. El gobierno corporativo tiene entre sus metas lograr la armonía, la justicia y la equidad entre los miembros de la compañía (capitalistas, administradores) con los acreedores, proveedores, comunidad, el estado y el entorno físico o medio ambiente en donde realiza sus actividades.

Si bien la compañía cuenta con su propio estatuto en donde se establece la naturaleza, objeto social, capital y estructura organizacional, no es menos cierto que precisa de una normativa

<sup>197</sup> LC., Art. 267.

<sup>198</sup> LC., Art. 265.

<sup>199</sup> LC., Art. 264.



adicional denominada protocolo, y que permite al gobierno corporativo prevenir conflictos y alcanzar sus objetivos capitalistas con responsabilidad social y valor agregado.

El protocolo es el acuerdo de voluntades entre los socios accionistas, administradores y trabajadores con el fin de hacer más eficiente la organización, las operaciones y las relaciones internas, previniendo, afrontando y resolviendo los conflictos societarios<sup>200</sup>.

La doctrina distingue tres tipos de protocolos: de caballeros, contractual y el institucional. El de caballeros se reduce a unos compromisos de ética entre los miembros de la compañía; el contractual se centra en el cumplimiento de obligaciones internas, pero el protocolo institucional que posee fuerza jurídica entre los socios accionistas, administradores y trabajadores y entre estos y terceros<sup>201</sup>.

La importancia del protocolo institucional, que debe ser reducido en un documento a modo de código de conducta, radica en una serie de efectos positivos para la empresa con un buen gobierno corporativo:

- Unidad y armonía entre accionistas.
- Empresa sólida, permanente, eficiente.
- Compromiso y disciplina de los accionistas.
- Se favorece el crecimiento de la empresa.
- Se minimizan los riesgos de inversión, producción, informe de gestión.
- Se establecen los parámetros del trato equitativo entre accionistas, sobre todo entre mayoristas y minoristas.
- Se toma como costumbre societaria la rendición de cuentas no solo financiera sino también no financiera.

<sup>200</sup> LUCARELLI, R., Los conflictos societarios generados por las crisis familiares. En búsqueda de soluciones y su instrumentación jurídica. Ponencia en: XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, Fundación para la Investigación y el Desarrollo, Buenos Aires, 2010, Tomo II, Pág. 736.

<sup>201</sup> DOLCE, M., desafíos de supervivencia de la Empresa Familiar. Los principios de gobierno corporativo y el Protocolo Familiar., GUADE, Buenos Aires, 2014, Pág. 18.

- Se establecen reglas de operación, a la luz del buen gobierno, con transparencia, fortalecimiento y seguridad del capital social y las inversiones.
- Se previenen, afrontan y corrigen las causas y consecuencias de los conflictos sobrevenientes, evitando así el recurrir a instancias prejudiciales (mecanismos de solución de conflictos por mediación y arbitraje) o judiciales (ante un juez).

El protocolo es una herramienta necesaria para las empresas familiares, en donde recibe el nombre de protocolo familiar, con el fin de ordenar las relaciones entre propietarios (familia y sus descendientes), inversionistas y trabajadores<sup>202</sup>.

## 2.8 ÓRGANOS DE CONTROL

La administración de la compañía es fiscalizada internamente a través de un organismo de control, que bien puede ser un cuerpo colegiado denominado Consejo de Vigilancia o de Inspección, o por un Comisario, cuando se trata de compañías pequeñas<sup>203</sup>.

Este órgano de control tiene las siguientes atribuciones<sup>204</sup>:

- Cerciorarse de la constitución y subsistencia de las garantías de los administradores y gerentes;

<sup>202</sup> Al respecto: LORENTE, F., PARRA L., y GONZÁLEZ DE LA RUEDA J. “La sucesión de la empresa familiar en el derecho civil aragonés”, Revista de derecho de sociedades, 2011, Págs. 89-113; NAVA GOVELA, A., “Diferencias en percepciones: Un gran conflicto en la empresa familiar”. Boletín Gestione, Facultad de Negocios, Universidad Anáhuac, México D.F, 2007, Págs. 1-20; REYES HERNÁNDEZ, R., “Las Empresas Familiares en México”. Entorno, Coparmex, México, 2001, Pág. 4; COMITÉ INTERINSTITUCIONAL, Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia. Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Confecámaras, 2009, Págs. 5-23.

<sup>203</sup> La Ley no indica expresamente que el órgano de control debe ser una persona natural o jurídica. En el artículo 287 indica que “Sin perjuicio de la designación de comisarios, las compañías pueden designar para su fiscalización y control consejos de vigilancia o de inspección, en cuyo caso se extenderán a éstos las disposiciones que establecen los derechos, obligaciones y responsabilidades de los comisarios, así como la forma de su designación, remoción, duración en sus funciones y remuneración”. La Superintendencia de Compañías, respecto a este aspecto, se pronunció de la siguiente manera: “La Ley de Compañías no distingue entre personas naturales y jurídicas al tratar del nombramiento de Comisarios ni contiene prohibición alguna en el sentido de que no puede designarse a una persona jurídica, inclusive una compañía anónima, para que desempeñe esta función. El incremento de las actividades económicas y financieras de las sociedades por acciones más bien parece reclamar la intervención de entidades especializadas en auditoría y contabilidad que tomen a su cargo las atribuciones y obligaciones de los comisarios”: Superintendencia de Compañías, *Doctrina Societaria No. 73: Las personas jurídicas pueden ser designadas comisarios de las compañías anónimas*, pág. 1.

<sup>204</sup> LC., Arts. 274, 279.

- Exigir de los administradores la entrega de un balance mensual de comprobación
- Examinar en cualquier momento y una vez cada tres meses, por lo menos, los libros y papeles de la compañía en los estados de caja y cartera;
- Revisar el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias y presentar a la junta general un informe debidamente fundamentado;
- Convocar a juntas generales de accionistas en los casos determinados en esta Ley;
- Solicitar a los administradores que hagan constar en el orden del día, previamente a la convocatoria de la junta general, los puntos que crean conveniente;
- Asistir con voz informativa a las juntas generales;
- Vigilar en cualquier tiempo las operaciones de la compañía;
- Pedir informes a los administradores;
- Proponer motivadamente la remoción de los administradores;
- Presentar a la junta general las denuncias que reciba acerca de la administración, con el informe relativo a las mismas;
- de informar de manera oportuna a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros sobre las observaciones que formularen y les fueren notificadas. La omisión o negligencia a dar cumplimiento a dicha disposición acarrea que sean sancionados por la Superintendencia<sup>205</sup>.

Las características principales de esta especie de auditor interno son:

- Su nombramiento está a cargo de la junta general<sup>206</sup>. Es obligatorio para las compañías anónimas y es optativo para las compañías de responsabilidad limitada.
- Son temporales y amovibles<sup>207</sup>.

<sup>205</sup> LC., Art. 288.

<sup>206</sup> Los comisarios pueden ser designados en el contrato de constitución o por la Junta General de Accionistas, conforme se encuentra preceptuado en los artículos 231 numeral primero de la Ley de Compañías y el artículo 274 de la referida Ley. Durarán un año en sus funciones, aunque pueden ser reelegidos indefinidamente. En las sociedades anónimas, su número mínimo es de dos. Cf. LC, Art. 274.

<sup>207</sup> LC., Art. 274 inc. 2.

- Es un órgano independiente de los otros órganos sociales, buscando el interés de los accionistas, así como los de sus acreedores.
- Está obligado a entregar la información necesaria que los accionistas requieran, debiendo realizar las investigaciones de las irregularidades denunciadas en procura del bienestar de la sociedad.
- No es representante de la sociedad o de los accionistas.
- No es mandatario ni de los órganos de la sociedad ni de sus accionistas.
- Es un órgano de funcionamiento permanente, deben permanecer en su cargo hasta ser legalmente reemplazados, aunque haya fenecido el tiempo para el cual fue elegido.
- La función que realiza es personal e indelegable.
- No se inscribe su nombramiento en el Registro Mercantil.
- Es individualmente responsable.
- Su cargo es revocable *ad nutum*<sup>208</sup>. Lo cual quiere decir que la Junta General de Accionistas tiene amplio derecho de revocar su nombramiento, sin que exista causal alguna para ello. Además, puede ser removido si, por ejemplo, no revisa o examina los balances, los libros<sup>209</sup>
- Se convierte en un nexo entre los accionistas y los administradores, en otros casos, entre la compañía y el ente fiscalizador.
- Recibe remuneración fijada por la Junta General, y, si esta no lo hiciera, lo establece la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros<sup>210</sup>.
- El incumplimiento de sus atribuciones le hace personal y solidariamente responsables con los administradores<sup>211</sup>.

<sup>208</sup> LC., Art. 274.

<sup>209</sup> LC, Art, 279, No. 1, 2, 3 y 4.

<sup>210</sup> LC., Arts. 283 y 277

<sup>211</sup> La Superintendencia de Compañías, *Doctrina No. 73...*OP. Cit., establece la responsabilidad civil y penal de las personas jurídicas que tienen las atribuciones de órgano de control de una compañía: "1. La responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones contractuales, que afectará pecuniariamente a la persona jurídica comisario conforme a las disposiciones pertinentes contenidas particularmente en el Título XII del Libro IV del Código Civil "Del efecto de las obligaciones"; 2. La responsabilidad civil por los hechos ilícitos que afectará pecuniaria y solidariamente a la persona jurídica comisario y a las personas naturales que participaren en la comisión de tales hechos, conforme a las disposiciones del Título XXIII del Libro IV del Código Civil y especialmente los artículos 2244 (actual 2217) y 2247 (actual 2220); y, 3. La responsabilidad penal, que recaerá en la persona o personas naturales que al obrar en nombre de la persona jurídica comisario hayan infringido las leyes penales, pudiendo extenderse esta responsabilidad a los administradores y

No pueden ser comisarios de una compañía<sup>212</sup>:

- Las personas que estén inhabilitadas para el ejercicio del comercio, como las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos no pueden integrar los órganos de administración de las compañías anónimas o de responsabilidad limitada.<sup>213</sup>
- Los empleados de la compañía y las personas que reciban retribuciones, a cualquier título de la misma o de otras compañías en que la compañía tenga acciones o participaciones de cualquier otra naturaleza, salvo los accionistas y los tenedores de partes beneficiarias.
- Los cónyuges de los administradores y quienes están con respecto a los administradores y directores dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad.
- Las personas dependientes de los administradores.
- Las personas que no tuvieren su domicilio dentro del país.

La normativa del Gobierno Corporativo debe tenerse presente estas disposiciones inherentes al Comisario. De esta manera se precautela por un lado la eficacia en la gestión del comisario; y, por el otro, la necesidad imperiosa de asegurar la responsabilidad del órgano a la sociedad, puesto que no estar el comisario radicado en el territorio nacional, implicaría que existiría imposibilidad física de estar a disposición de la compañía cuando ésta lo necesite, no pudiendo realizar de manera ágil su trabajo

## 2.9 RENDICIÓN DE CUENTAS

La transparencia en los negocios es un valor que se está imponiendo aceleradamente en el mundo globalizado. Los inversionistas hablan de “cuentas claras” a la hora de confiar su

representantes legales de dicha persona jurídica, de acuerdo a su participación en el hecho punible y con sujeción a las normas de los artículos 32 al 50 del Código Penal.”

<sup>212</sup> LC., Art. 275.

<sup>213</sup> LC., Art. 281 Núm. 1.

capital a una empresa. El gobierno corporativo, por naturaleza, incorpora aspectos que crean confianza sobre la gestión y supervisión de la empresa, con el fin generar transparencia y diligencia de los órganos directivos en favor de las partes interesadas de la empresa (*Stakeholders*), como los accionistas, inversores, comisionistas y cualquier otra figura jurídica que implique propiedad. No sin razón se dice que “La transparencia está considerada en el gobierno corporativo como la pieza angular de la relación con los accionistas, ya que es la base fundamental para generar el criterio o conocimiento acerca de la adecuada gestión de la organización por parte de los órganos de dirección ejecutiva. Si los accionistas no consideran que reciban la información adecuada, en tiempo, correcta y completa para su toma de decisiones, su confianza en la existencia de una relación transparente tambaleará, y por tanto es muy probable que tampoco se genere confianza ni en las personas, ni en las decisiones tomadas por la estructura ejecutiva de la organización”<sup>214</sup>.

El mecanismo legal y estatuario para viabilizar la transparencia de la gestión de los administradores es la rendición de cuentas, que consiste en “la obligación que contrae quien ha realizado actos de administración o de gestión por cuenta o en interés de un tercero, y en cuya virtud debe suministrar a éste, un detalle circunstanciado y documentado acerca de las operaciones realizadas, estableciendo, eventualmente, el saldo deudor o acreedor resultante en contra o a favor del administrador o gestor”<sup>215</sup>.

La Ley establece que “Los administradores o gerentes estarán obligados a presentar el balance anual y la cuenta de pérdidas y ganancias, así como la propuesta de distribución de beneficios, en el plazo de sesenta días a contarse de la terminación del respectivo ejercicio económico, deberán también cuidar de que se lleve debidamente la contabilidad y correspondencia de la compañía y cumplir y hacer cumplir la Ley, el contrato social y las resoluciones de la junta general”<sup>216</sup>.

Los administradores rinden cuenta, esto es, realizan el Informe de su gestión, ante la Asamblea general en base a los principios de contabilidad de general aceptación. Tienen la

<sup>214</sup> CORDERO, C., “Transparencia y derechos: la Rendición de Cuentas, un requisito en Responsabilidad Social”, Memorias Anuales de las Empresas del IBEX, No. 35, septiembre/2012, Pág. 11.

<sup>215</sup> GACIO, M., *Aspectos sustanciales de la rendición de cuentas*, UBA, Buenos Aires, 2016, Pág. 2.

<sup>216</sup> LC., Art. 124.

obligación de elaborar los balances en el plazo de tres meses, contados a partir del ejercicio económico anual, En concreto, presentan lo siguiente<sup>217</sup>:

- a. Balance general o estado de situación financiera.
- b. Estado de cuenta de pérdidas y ganancias o estado de resultado integral.
- c. Propuesta de distribución de beneficios.
- d. Memoria explicativa de la gestión.
- e. Situación económica y financiera de la compañía, que incluye los estados financieros de evolución del patrimonio, flujo de efectivo y las notas explicativas.

La rendición de cuentas se completa con el informe especial que los órganos de control o auditoría, en este caso los comisarios, realizan sobre los documentos en donde constan los estados financieros, con las observaciones pertinentes, que se entregan a los administradores para conocimiento de la junta general.

## **2.10 RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL**

Está claro que la compañía se crea con ánimo de lucro. Ahora bien, el buen gobierno de una empresa no solo tiende a facilitar las herramientas para que la empresa logre mayor rentabilidad, sino también, por un lado, que se involucre responsablemente en la sociedad en donde realiza sus actividades, y, por otro, que la sociedad participe en el negocio de la compañía. La doctrina suele llamar a lo primero Responsabilidad Social Empresarial (RSE) y a lo segundo Valor Compartido (VC). En efecto, no es suficiente que la empresa busque hacer el “bien” a sus trabajadores, a la comunidad, al medio ambiente o entorno en donde realiza sus actividades mercantiles (RSE), sino que también, al involucrarla como su proveedora de bienes y servicios, comparta con ella el valor de las ganancias (VC).

La RSE y el VC presuponen que la empresa, en base a un gobierno corporativo realista, no sólo se conforme con el cumplimiento de las leyes, sino que precisa que su accionar se guíe por principios éticos que le impulsen a proteger y respetar los derechos de los trabajadores, clientes y acreedores, así como involucrarse con la sociedad en donde realiza sus actividades negociales protegiendo su entorno o ambiente. En este apartado se desarrolla el tema de la

<sup>217</sup> LC., Art. 289.

RSE, ampliamente tratada por la normativa<sup>218</sup>, la teoría y la praxis<sup>219</sup>, y que también se la conoce como Responsabilidad Social Corporativa. En el siguiente apartado trataremos el tema del Valor Compartido de la empresa.

La RSE se define como “una visión y filosofía empresarial que sostiene que esta 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”<sup>220</sup>.

La definición permite establecer lo siguiente:

- La empresa responde por sus actos negociales ante personas, como los trabajadores, terceros, la comunidad en donde realiza su actividad<sup>221</sup>.
- Las acciones de la empresa inciden en las relaciones sociales de las personas que trabajan “en” la empresa, así como en las relaciones sociales de las personas que están “fuera” de la empresa, pero que mantiene con ellas vínculos comerciales (clientes, acreedores).
- Las acciones de la empresa pueden afectar y afectan de algún modo el entorno físico o el medio ambiente en donde vive la comunidad.

En este sentido, la RSE debe buscar lo que modernamente se denomina Desarrollo Sostenible, esto es el equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y el

<sup>218</sup> Constitución de la República del Ecuador (Const.), R.O. No. 449, 13/julio/2011, Art. 30 : “La producción, en cualquiera de sus formas, se sujetará a principios y normas de calidad, sostenibilidad, productividad sistémica, valoración del trabajo y eficiencia económica y social”. El principio constitucional de que la naturaleza posee derechos que deben ser respetados por Las personas naturales, jurídicas, comunidades indígenas, etc., requiere de la empresa planificar y realizar sus negocios dentro de este marco constitucional: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos...El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema” (Const. Art. 71).

<sup>219</sup> A nivel latinoamericano, la Responsabilidad Social Empresarial ha sido estudiada por: BENAVIDES, M., y GASTELUMENDI, G., *Responsabilidad Social Empresarial: Un Compromiso Necesario*, Universidad del Pacífico, SASE, Perú 2021, Lima, 2001; CARAVERO, B., *Empresa, Liderazgo y Sociedad*, Perú 2021 y SASE, Editores, Lima 1996; CAPRIOTTI y SCHULZE, *Responsabilidad Social empresarial*, Colección de Libros de la Empresa, Santiago de Chile, 2010.

<sup>220</sup> CARAVEDO, B., *Empresa, Liderazgo y Sociedad*, Perú2021 y SASE, Editores, Lima 1996, Pág. 21

<sup>221</sup> COMISIÓN DE COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde: “Fomentar un marco europeo para la Responsabilidad Social Empresarial*, Bruselas, Julio de 2001, Pág. 8.



aprovechamiento de los recursos naturales, respetando el medio ambiente, a través de cumplimiento de la ley, la doctrina y principios éticos. Este equilibrio es de suma importancia para las empresas, por cuanto las hace formar parte activa de la solución de problemas relacionados con un entorno más estable, saludable y rendidor.

Por tanto, la responsabilidad social de la empresa debe ser “integral”<sup>222</sup>. Desde este punto de vista. Se puede distinguir una triple dimensión de la RSE y dos campos en donde se desenvuelve: La RSE debe operar en la dimensión legal, ética y ambiental, y todo ello en dos campos de forma simultánea y eficiente<sup>223</sup>: al interior de la compañía, por ejemplo, con los trabajadores, y al exterior de la misma, con los clientes, acreedores, la comunidad y el entorno físico o medioambiente.

#### **a. Responsabilidad Social Interna**

Se relaciona con el cumplimiento del marco legal y el desarrollo humano de quienes integran la compañía:

- La empresa no puede aspirar a tener un rol social eficiente, si primero no cumple con la normativa que la regula, desde su fundación, pasando por su funcionamiento y resultados gananciales para sus propietarios. La empresa, respetando la ley, debe buscar mejores inversiones, el desarrollo productivo, la comercialización de los bienes y servicios de calidad, el pago de impuesto, el reparto de utilidades a los accionistas, la implementación de tecnología de punta, etc.
- La empresa debe considerar a sus empleados no como piezas mecánicas de producción, sino “colaboradores” de la empresa, digamos “accionistas” de la producción, si se nos permite forzar el término. De los empleados depende el éxito, desarrollo y productividad de la empresa. Se precisa, pues, respecto a ellos:

<sup>222</sup> CAJIGA, J., *El concepto de responsabilidad social empresarial*, Cemefi, México D.F., 2002, Pág. 5.

<sup>223</sup> Rangel indica que “el empresario debe ser promotor de la Responsabilidad Social empresarial dentro y fuera de la empresa”: RANGEL, H., *Segunda Ceremonia de Presentación de las Empresas Socialmente Responsables en México*, ALiaRSE/Cemefi, México D.F., 2002, Pág. 3.

- ✓ Respeto del horario de trabajo.
- ✓ Pago puntual y justo de las remuneraciones y beneficios de ley, como el pago de la seguridad social, los décimos, el pago de vacaciones, de las utilidades.
- ✓ Incentivos económicos (bonos, comisiones, premios), morales (reconocimientos públicos de su eficiencia, puntualidad, producción, liderazgo).
- ✓ Proporcionales las herramientas necesarias para su trabajo: vestimenta de labor, de protección, de operación).
- ✓ Prodigarle un ambiente físico agradable, sano, limpio, libre de peligros
- ✓ Respetar la normativa laboral relacionada con el reparto de utilidades, jubilación, descanso por maternidad y por paternidad.

#### **b. Responsabilidad Social Empresarial Externa**

Se trata del espacio en donde se observa la relación empresa-sociedad-ambiente, en virtud de la cual, la empresa adquiere un valor agregado y una ventaja competitiva<sup>224</sup>:

- Empresa-familia. La empresa debe tender un puente con la familia del empleado. La familia del trabajador son las personas externas más cercanas que tiene la empresa. Pensar y atenderlas garantiza la pertenencia del empleador a la compañía. Es preciso, pues, implementar acciones para convertirlos en aliados, a través de beneficios, capacitaciones, visitas de la trabajadora social para conocer donde viven, sus necesidades insatisfechas, compartir con ellos eventos para afianzar los lazos empresa-familia, como el día del padre, de la madre, del niño, Navidad, etc.

<sup>224</sup> Así lo señala VILLALOBOS, J., *II Conferencia Interamericana de Responsabilidad Social Empresarial "Del Dicho al Hecho"*, BID/ Cemefi, México, D.F., 2004, pág. 2: "La Responsabilidad Social Empresarial es hoy un valor agregado y una ventaja competitiva para la empresa. Aquellas empresas que desde hoy incorporen o refuercen sus acciones de responsabilidad social lo harán a su propio ritmo y de acuerdo a sus posibilidades: mañana tendrán la exigencia del entorno".

- **Empresa-Comunidad.** Se trata de crear lazos, convenios, alianzas con las organizaciones sociales (fundaciones, asociaciones, clubes deportivos, Iglesia, barrios), con el fin de aunar esfuerzos y alcanzar objetivos comunes que permiten alcanzar el desarrollo sostenible de la comunidad, como autogestión, proyectos de descontaminación, capacitación). De esta manera, la empresa no sólo que será parte de la comunidad, sino también la considerarán como tal, como un vecino amigable, corporativo.
- **Empresa-Estado.** La empresa debe participar de los Planes y Políticas de gobierno relacionadas con la matriz productiva, del desarrollo del agro, el mar, de las exportaciones e importaciones, del cumplimiento de las normas de calidad, del respeto por el medio ambiente. Implica un trabajo mancomunado con el estado central y con los GADs (Gobiernos Autónomos Descentralizados provinciales, cantonales y parroquiales como municipios, prefecturas, etc.), con el fin de promover una cultura de investigación, capacitación, producción de calidad, generación de plazas de trabajo, apoyo de proyectos ambientales, etc.

## **2.11 EL VALOR COMPARTIDO EN LA EMPRESA O SOCIEDAD MERCANTIL**

Valor Compartido (VC) es una propuesta de Michael E. Porter y el co-fundador de la FSG, Mark R. Kramer<sup>225</sup>. No basta que la empresa busque una relación amistosa con la comunidad, apoyándola en lo que pueda para solucionar sus problemas sociales, sino que debe involucrar

<sup>225</sup> La idea la exponen en el 2006, como un concepto que supera la idea de Responsabilidad Social Corporativa: PORTER, M., KRAMER, M., “Estrategia y Sociedad”, Harvard Business Review América Latina, diciembre 2006; sin embargo, en 2011 lo exponen como una propuesta que salvará a las empresas por los próximos 20 años: PORTER, M., KRAMER, M., “La creación de valor compartido”, Harvard Business Review América Latina, enero 2011. La literatura respecto al tema, a nivel latinoamericano es nueva, pero abundante: MONARDES, C., Valor Compartido, una mirada público-privada de la política de empleabilidad: caso minera de pelambres. Santiago de Chile, 2016; GUEVARA, J., Impacto de la creación de valor compartido, responsabilidad social y responsabilidad social corporativa en empresas multinacionales del Ecuador, Quito, 2015; DÍAZ, N., “La creación de valor compartido: estrategia de sostenibilidad y desarrollo empresarial”, Cultura Latinoamericana, Julio-Diciembre 2015, XXII (2), Págs. 207- 230; Nestlé Ecuador, Nestlé en la sociedad- Creación de Valor Compartido y Cumplimiento de nuestros compromisos, Guayaquil, 2015. La importancia de los clústeres en el Valor Compartido lo podemos estudiar en: MONGE, R., SALAZAR, J., *Políticas de clústeres y de desarrollo productivo en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, OIT Américas Informe Técnico, 2016, Págs. 30- 52.

a la sociedad en los procesos de producción y comercialización, compartiendo las ganancias, compartiendo el valor.

El Valor Compartido se define como una modelo o estrategia de gestión empresarial por medio del cual “las compañías incorporan las necesidades de la comunidad dentro de su cadena de valor, para que el negocio sea más fuerte y sostenible”.

Se parte del hecho de que las comunidades lidian a diario con problemas relacionados con la carencia de servicios básicos (agua, luz, teléfono), pésimo servicio de transporte, acceso limitado a la Internet, desempleo y subempleo, pobreza, baja calidad de los productos, impacto ambiental negativo por parte de compañías que contaminan el aire, el agua, deforestación, actividad agrícola, ganadera, pesquera rudimentaria, etc. Este es el entorno normal en donde se desenvuelve la empresa latinoamericana y ecuatoriana. ¿Qué puede hacer la empresa para ser parte de la solución y no del problema, sin renunciar a su afán de lucro? La estrategia del VC trata de involucrar a la sociedad en el proceso de producción y comercialización de la empresa, o cadena de valor, de tal manera que es la sociedad la que le provee de los bienes y servicios que requiere la empresa. ¿Tiene beneficios para la empresa la implementación de este modelo de gestión? Pues sí:

- Productos y servicios empresariales: la empresa puede ofrecer productos y servicios de acuerdo a las necesidades específicas de la comunidad.
- Costos: los bienes y servicios se ofrecen son ningún intermediario o transportación nacional.
- Trabajo independiente: Se genera fuentes de trabajo en la comunidad y que no engrosan la nómina de la empresa.
- Competencia: Se desplaza a la competencia, pues, la comunidad, proveedora de bienes y servicios, opta por el principio de fidelidad, consumir el producto de la empresa a la que suministra los bienes y servicios.
- Calidad: La comunidad opta por ofrecer bienes y servicios a la empresa.
- Inversión rentable: el capital que la empresa invierte en trasladar su ciencia y tecnología a la comunidad para que les ofrezca materia prima de calidad se revierte

en una producción de calidad en el producto acabado que sale al mercado. En el Ecuador, existe el marco legal para proteger e impulsar este modelo<sup>226</sup>. En base al modelo de VC de Porter y Kramer, los expertos han elaborado algunas propuestas para que las empresas pongan en práctica esta estrategia<sup>227</sup>:

- a. Innovación del mercado. No se trata de producir bienes y ofrecer servicios, incluso de calidad, sino ir más allá: los bienes y servicios deben responder a las necesidades “actuales” de la comunidad, sobre todo relacionados con la salud, vivienda, adultos mayores, nutrición, mínimo impacto ambiental, etc. La empresa debe plantearse la posibilidad rentable de crear nuevos bienes y servicios para ubicarlos en el mercado.
- b. Redefinición de la productividad y la cadena de valor. En el proceso de valor, que comprende desde la obtención de la materia prima hasta su comercialización, las empresas no siempre son amigables con el cuidado y protección de los recursos naturales (agua, tierra, bosques, vida silvestre), produciendo problemas que afectan a la comunidad. Se trata, pues, que a futuro dicha invasión y abuso del entorno no represente costos tanto para la compañía y la comunidad, involucrando a la sociedad en el uso de los recursos naturales, involucrándola en la logística, abastecimiento, distribución, productividad y ubicación del producto final.
- c. Clústeres locales. Las empresas autosuficientes son idea del pasado. La empresa del siglo XXI, bajo el paraguas de un buen gobierno corporativo, busca mejorar la productividad, incorporando a la comunidad como un “proveedor” confiable y

<sup>226</sup> Const., Art. 75: “el régimen de desarrollo es una agrupación ordenada, sostenible y dinámica de los sistemas económico, socioculturales, políticos y ambientales, a través de este se busca garantizar el buen vivir para los ecuatorianos”; Ley Orgánica de Régimen Tributario interno, Art. 10: “Se realizara la deducción de aquellos costos y gastos efectuados con la finalidad de adquirir, mantener y aumentar los ingresos de origen ecuatoriano, para esto aquellos costos y gastos que afecten a los ingresos y que estén debidamente sustentado con comprobantes de venta serán deducidos en el pago de impuestos”; Ley Orgánica de Discapacidades, Art. 49: “Los empleadores podrán reducir 150% adicional en el cálculo de la base imponible para el Impuesto a la Renta, por concepto de las remuneraciones y aportaciones tanto patronales de cada empleado discapacitado que se haya contratado, a esto también se acogen los sustitutos de los empleados que tengan pareja en unión de hecho o hijos con discapacidades, siempre y cuando estos hayan sido contratado bajo la exigencia de que las empresas dentro de sus nóminas deben contar con 4% de empleados con discapacidad”.

<sup>227</sup> BARRETO, W., Creación de un manual para implementar el concepto de valor compartido para la empresa XYZ en el Ecuador, Universidad de Guayaquil, Guayaquil, 2018, Págs. 98-100.

estratégico: personas naturales o micro empresas personales o familiares se constituyeren agentes proveedores de la empresa o clústeres locales.

## **2.12 RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

La Ley<sup>228</sup> prevé que las controversias que surgen al interior de la compañía o con terceros (clientes, proveedores) pueden resolverse por mecanismos alternativos, esto es, sin recurrir ante un juez. Estas instancias son mecanismos de conciliación entre las partes. Nos referimos a la mediación y al arbitraje, alternativas a las que se puede acudir para llegar de forma voluntaria a una negociación.

### **2.12.1 Mediación**

Es el mecanismo alternativo de solución mediante el cual “las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”. El procedimiento termina cuando se firma el acta del acuerdo total, parcial o que no se llegó a ningún acuerdo. Es de carácter confidencial, aunque las partes pueden renunciar a ella<sup>229</sup>. El mediador no es un juez, sino un facilitador, pues las partes de común acuerdo deciden resolver sus controversias. Cada parte trata de convencer a la otra parte de los beneficios de su propuesta. Sin embargo, el acta que se firme, tiene rango de cosa juzgada, equiparada a la sentencia de un juez.

Los miembros de la compañía y los terceros pueden acudir a los centros de mediación, por ejemplo, del Consejo de la Judicatura o ante mediadores independientes debidamente autorizados.

La mediación procede<sup>230</sup>:

<sup>228</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 417 del 14/diciembre/2006, última modificación: 21/agosto/2018. A este Ley nos referimos como LAM.

<sup>229</sup> LAM, Art. 50.

<sup>230</sup> LAM, Art. 46.

- Cuando exista convenio escrito entre las empresas, administradores o terceros para someter sus conflictos a mediación.
- A solicitud de las partes o una de ellas.
- Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.

Los accionistas, administradores y terceros pueden resolver en común acuerdo los asuntos derivados de los negocios, relaciones entre los socios, con el equipo profesional de la empresa, sobre todo cuando se trata de empresas familiares. La mediación permite a la compañía reanudar la comunicación societaria, rota por las controversias, obtener soluciones según cada situación concreta, atender las necesidades de la empresa, así como lograr acuerdos definitivos, buscando siempre precautelar los intereses comerciales de la compañía.

Sin embargo, no todos los problemas se solucionan con la mediación, como, por ejemplo:

- Derechos fundamentales relacionados con la visa y la libertad.
- Temas tributarios.
- Divorcio.
- Adopción.
- Acordar el no pago de pensiones alimenticias.
- Derechos de los trabajadores. A no ser que se acuda al centro de mediación para realizar un acuerdo determinando cómo se pagarían las obligaciones, una vez terminada la relación laboral.
- Patria potestad de menores.
- Materia penal.

### **2.12.2 Arbitraje**

El arbitraje es “un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras

para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”<sup>231</sup>

El árbitro, que no necesariamente es un abogado, emite su fallo o laudo a petición de las partes. Las empresas o los terceros eligen al árbitro, incluso el número de los mismos, la fecha y lugar de la audiencia, presentan al árbitro, investido de imparcialidad, sus propuestas de solución del conflicto, y el árbitro dirime y falla en derecho, basándose en la ley, los derechos, emite el fallo en equidad, guiado por la sana crítica. El laudo que resulte del convenio arbitral entre las partes tiene rango de sentencia ejecutoriada en firme, cosa juzgada, y sólo cabe contra él la interposición del recurso de revisión.

Las empresas no pueden someter al arbitraje temas relacionados con:

- Una sentencia judicial en firme.
- Materias penales.
- Materias laborales.

### **2.12.3 Resolución ante un juez**

Respecto a la concurrencia ante un juez, debe distinguirse dos situaciones totalmente distintas, a la hora de presentar la queja o demanda ante un juez:

- De las resoluciones de la Superintendencia sólo pueden recurrir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en principio las propias compañías afectadas.
- Los socios o accionistas pueden demandar la nulidad o impugnar las resoluciones de las juntas generales de conformidad con la Ley, ante el Juez de lo Civil o ante la Corte Superior de Justicia, respectivamente.

a. **Impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.** Esta prerrogativa o derecho no la poseen los socios o accionistas, cuando la Compañía

<sup>231</sup> LAM, Art. 1.



forma “una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”<sup>232</sup>, a los socios o accionistas de las sociedades sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, pues los actos de la sociedad le pertenecen a ella por haber sido tomados por su correspondiente órgano social y por haber sido instrumentados en su nombre por su correspondiente representante legal. No importa el número o porcentaje del capital que representen, no les está permitida la facultad de impugnar la Resolución expedida por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en la que se hubiere, por ejemplo, aprobado o negado:

- aumento de capital.
- prórroga del plazo.
- cambio de denominación o de domicilio.
- o cualquiera de los actos mencionados en el artículo 33 de la Ley de Compañías:

Y, como se sabe, la impugnación respectiva sólo podrá hacerse ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>233</sup>. Si los socios o accionistas, individualmente considerados, se sienten afectados por la decisión del respectivo órgano social (por ejemplo, aumento de capital), tienen derecho de:

- demandar la nulidad de la resolución ante un Juez de lo Civil, invocando las causas de aquella nulidad.
- impugnar la resolución del aludido órgano social, ante la correspondiente Corte Superior de Justicia, si es que la presunta irregularidad diere lugar a tal impugnación y siempre que representen el 25% del capital social pagado de la compañía respectiva<sup>234</sup>, más del 25% del capital social<sup>235</sup>.

<sup>232</sup> CC, Arts. 1957, 1464; Cf. LC, 2 inc. séptimo

<sup>233</sup> Código Orgánico General de Procesos (COGEP), R.O. Suplemento No. 506, 22/mayo/2015, Arts. 250ss. El artículo 251 señala como recursos de impugnación los siguientes: “aclaración, reforma, ampliación, revocatoria apelación, casación y de hecho”. Según el artículo 326, el procedimiento contencioso administrativo procede, entre otras cosas, solicitando “La de anulación objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.”

<sup>234</sup>Cf. LC, Arts. 114, letra h); 207, número 7; 215-216; y, 249

<sup>235</sup> Cf. LC, Art. 249, inc. 3.

b. **Impugnación ante un juez de lo civil.** La junta general puede caer en irregularidades, como cuando la decisión fue aprobada<sup>236</sup>:

- en beneficio de uno o más socios o accionistas y en perjuicio de la compañía.
- en contra del estatuto social.
- en contra de la Ley.

Si los socios o accionistas se sienten afectados y representan por lo menos el 25% del capital social pagado, pueden impugnar la decisión ante la Corte Superior de Justicia, con derecho a recurrir ante la Corte Suprema de Justicia<sup>237</sup>.

Ahora bien, si la irregularidad es contra la Ley o el estatuto social<sup>238</sup> y no completaren el 25% los socios pueden demandar la nulidad de la resolución ante los jueces de lo civil. Las antedichas acciones de impugnación y de nulidad no pueden suspender -y de hecho no suspenden- ni la ejecución y cumplimiento de lo que en la resolución cuestionada se hubiere acordado, ni el trámite que en base a ella se estuviera siguiendo ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para obtener la aprobación de cualquiera de los actos referidos en el artículo 33 de la Ley de Compañías. Sin embargo, respecto a los derechos adquiridos, la ley dice: "En todo caso quedarán a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros, en virtud de los actos realizados en ejecución de la resolución"<sup>239</sup>, lo que en otros términos quiere decir que la resolución puede ejecutarse no obstante la impugnación de la misma. Si la Ley de Compañías hubiere querido que la acción de impugnación suspenda los efectos de la resolución impugnada, no habría reconocido derechos adquiridos "en virtud de actos realizados en ejecución de la resolución".

Debemos de tener presente que las sentencias en estos casos no tienen efecto suspensivo, en el sentido de que la compañía cesa en sus funciones. Se suspende eso sí la validez de las decisiones y resoluciones tomadas por la Junta General o de la directiva.

<sup>236</sup> Cf. LC, Arts. 216, 243, 247 inc. final.

<sup>237</sup> Cf. LC Arts. 114, letra h); 207, número 7; 215; 216; 249; y, 292

<sup>238</sup> Cf. LC, Arts. 243 inc. final, y 247.

<sup>239</sup> LC., Art. 250.

Para terminar -confirmando todo lo antedicho- vale transcribir a continuación los artículos 251 y 252 de la Ley argentina 19550<sup>240</sup> que trata de las sociedades comerciales, que dicen:

- "Art. 251.- Impugnación de la decisión asamblearia. - Titulares. - Toda resolución de la asamblea que sea violatoria de la ley, del estatuto o del reglamento puede ser impugnada...".
- "Art. 252.- Suspensión preventiva de la ejecución. - El juez puede suspender a pedido de parte si existen motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiera causar a la sociedad".

Básicamente, cuando se han agotado los mecanismos internos y de solución pacífica de conflictos por mediación y arbitraje, los socios o accionistas pueden recurrir ante un juez para hacer valer sus derechos. En general, los socios o accionistas optan por este mecanismo judicial cuando existe negativa de la junta general a sus reclamos. Basta con que una minoría representativa de por lo menos el 20% del capital social proceda con este mecanismo: "La acción de impugnación de los acuerdos o resoluciones a que se refiere el artículo anterior deberá ejercitarse en el plazo de treinta días a partir de la fecha del acuerdo o resolución. No queda sometida a estos plazos de caducidad la acción de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley. Las acciones se presentarán ante la jueza o juez de lo civil del domicilio principal de la compañía, quien las tramitará verbal y sumariamente. Las acciones serán deducidas por una minoría que represente por lo menos la cuarta parte del capital social. De la sentencia dictada cabe deducir los recursos que señala la ley"<sup>241</sup>.

**a. Causales de nulidad:** Los casos más frecuentes por los que se recurre a la vía judicial tienen que ver con la nulidad de las decisiones que se toman en la junta general, sea ordinaria o extraordinaria. Son nulas las decisiones, esto es, sin ningún valor legal ni vinculante, cuando atenta contra derechos constituidos en la compañía. "Es un medio de

<sup>240</sup> Ley argentina 19550, B.O., 1/agosto/2015.

<sup>241</sup> LC., Art. 216.

impugnación no suspensivo, parcialmente devolutivo y extensivo que se interpone a efectos de alcanzar la nulidad total o parcial de una decisión, la cual se justifica por motivo de derecho material o procesal”<sup>242</sup>En concreto<sup>243</sup>:

- **La compañía, por su objeto social, no tiene la capacidad para tomar cierto tipo de decisiones.** Es decir, si la compañía no tiene como objeto social construir casas o vender autos, y decide en la junta proceder a estos actos mercantiles, los accionistas pueden oponerse, pues tales actos son nulos.
- **Decisiones tomadas contra los procesos propios de la constitución de la compañía.** Por ejemplo, cuando las juntas se realizan con menos del capital pagado. Es obligatorio que la junta se reúna respetando el capital social o el pagado. Si no, es nula la reunión.
- **Decisiones incompatibles con la naturaleza de la compañía.** Toda compañía se crea con fines de lucro, y no por cuestiones de filantropía. Cuando no se toman decisiones, como el de donar lo que debe de enajenarse, el acto de por sí es nulo. Al respecto dice Salazar: “Sobrepasar las capacidades propias que la razón social determina en una empresa, revela una situación propia de la pérdida de eje en una organización, la cual determina serias falencias en cuanto a la gestión y asesoría que debe tener para evitar errores que generalmente se reflejan en gastos innecesarios que atentan contra su rentabilidad”<sup>244</sup>.
- **Juntas que omiten la convocatoria a comisarios.** Sin la presencia de los entes de control, por ejemplo, las rendiciones de cuentas carecerían de valor, pues la ley indica que deben estar presente los fiscalizadores para dar mayor transparencia a las exposiciones sobre el estado financiero o no financiero de la compañía por parte de los administradores.
- **Juntas en las que no se firma el acta**<sup>245</sup>. Es obligatorio<sup>246</sup> que todos los concurrentes a la junta general pongan sus firmas en el acta respectiva bajo pena de nulidad. La

<sup>242</sup> GARCÍA, R., *Manual de Derecho Procesal*, Domingo Lima, 2009, Pág. 54.

<sup>243</sup> LC. Art. 247.

<sup>244</sup> SALAZAR, J., *Legislación de Empresas, Juris Centium*, Madrid, 2012, Pág. 21.

<sup>245</sup> DS, No. 144.

<sup>246</sup> LC. Art. 238: “No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida en cualquier tiempo y en cualquier lugar, dentro del territorio nacional, para tratar

falta de una o más de dichas firmas es una condición de validez de la correspondiente acta y no un requisito para la validez de la Junta misma. Se dispone con el fin de lograr la protección de los accionistas para probar la concurrencia de todos ellos y su aceptación unánime de celebrarla sin la respectiva convocatoria previa para tratar ciertos asuntos relevantes.

No es causal de nulidad si, por ejemplo, en la convocatoria a junta general, se omitió la hora de la misma, habiéndose celebrado la misma con la totalidad de los accionistas de una compañía<sup>247</sup>. La duda surge por cuanto la ley<sup>248</sup> establece que la convocatoria a junta general de la compañía anónima (válido también para la compañía limitada), debe fijar el lugar, día, hora y materia a tratar en la reunión. Recordemos que la convocatoria tiene por finalidad que los socios conozcan con la debida anticipación cuándo ha de reunirse la Junta General y los asuntos a tratar, a fin de que tomen parte en la Junta con conocimiento de causa y los asistentes que no puedan concurrir tengan la garantía de que solo sobre esos asuntos se deliberará y resolverá. Si por efecto de la convocatoria se reunieran en el día fijado para la Junta General todos los socios o accionistas representando la totalidad del capital social, quedaría cumplido el propósito de la convocatoria y no habría causa de nulidad.

**b. Interposición de recursos:** Identificadas las causales de nulidad, cualquier socio o un grupo de socio, puede interponer los recursos necesarios ante las instancias judiciales respectivas.

- **Impugnación:** El socio o socios afectados presentan la demanda respectiva ante el juez de lo civil, impugnando la decisión de la junta general, sea esta ordinaria o

cualquier asunto, siempre que esté presente todo el capital pagado, y los asistentes, quienes deberán suscribir el acta bajo sanción de nulidad, acepten por unanimidad la celebración de la junta”. Queda claro que el acta de toda Junta General es el documento probatorio de su celebración. A falta de una o más de dichas firmas en el acta de una junta, los accionistas concurrentes o sus representantes que no firmaron el acta bien pueden probar por otros medios idóneos que sí concurrieron a la Junta y que sí acordaron su celebración, con lo que quedaría satisfecha la condición de validez impuesta por el artículo 238.

<sup>247</sup> DS, No.

<sup>248</sup> LC., Art. 238: “La convocatoria debe señalar el lugar, día y hora y el objeto de la reunión. Toda resolución sobre asuntos no expresados en la convocatoria será nula”. Si la junta se realiza con los requisitos establecidos para el quórum, la junta es válida. Sin embargo, Pero los socios deben probar, si acaso así se requiera, la concurrencia de todos los socios o accionistas, por sí o representados, por cualquier medio idóneo y no necesariamente con la firma de todos esos concurrentes en el acta, pertinente.

extraordinaria. Se trata de una primera instancia judicial. De allanarse el gerente a la sentencia del juez, se procede a dar insubsistente la resolución de la junta. De lo contrario, si el gerente no se allana, puede este apelar. En el caso que el juez le dé la razón a la compañía, el socio o accionista puede hacer uso del recurso de apelación.

- **Recurso de apelación:** El socio o accionista recurre al juez inmediato superior, a la Corte Provincial de Justicia, el de segunda instancia, para exponer que la sentencia del juez inferior atenta contra sus derechos. Se trata de obtener la revocatoria de la sentencia del primer juez: ““el recurso de apelación permite a un tribunal jerárquicamente superior revocar o modificar una resolución judicial”<sup>249</sup>.
- **Recurso de nulidad:** Cuando la decisión del juez de segunda instancia, ante el cual se apeló la sentencia recurrida, no le concede la razón al socio o accionista y es evidente que se han violado el debido proceso, se puede acudir a la Corte Nacional de Justicia, para que falle en derecho. No se examina el contenido de la sentencia sino los vicios procesales, como si se le negó la apelación al socio o accionista, por ejemplo, o la notificación de los autos, sentencia o resoluciones no llegaron al casillero o correo de su defensor.
- **Recurso de revisión:** Este recurso se define como la “eliminación de la sentencia injusta sobre la base de elementos nuevos. La eliminación, por tanto, del error judicial no se hace por efecto de una nueva valoración de pruebas, sino por efecto de la sobrevivencia de nuevas pruebas”<sup>250</sup>.

<sup>249</sup> ÁLVAREZ, P., *El Incidente de Nulidad de Actuaciones*, Editorial Dyinson, Madrid, 2009, Pág. 169.

<sup>250</sup> LEONE, G., *Materia Procesal Penal*, Nova Lex, Madrid, 2010, Pág. 21.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO

Gladis Adelaida Alarcón Valencia

## **CAPÍTULO III ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS PRINCIPIOS DE GOBIERNO CORPORATIVO**

### **3.1 ANTECEDENTES**

El buen gobierno corporativo es una parte esencial de las compañías, no sólo a nivel nacional, sino también regional y global. En los últimos 30 años, frente a los impactos de la globalización, el libre mercado, los avances tecnológicos, el mejoramiento de las comunicaciones en la dirección y administración de las compañías, estas han implementado principios y reglas de buen gobierno corporativo para hacer frente a estos cambios, de acuerdo al país o región en donde realizan sus operaciones<sup>251</sup>.

Por ello, el gobierno corporativo tiene rasgos específicos en cada país y región. Así, por ejemplo, EE.UU y otros países anglosajones han implementado su modelo de gobierno corporativo en base a un mercado de capitales relacionado con la bolsa de valores; Alemania y Japón cimentan su mercado de capitales en los bancos; Canadá, Italia le dan importancia al control de grandes empresas manejadas por grupos familiares<sup>252</sup>. Los países latinoamericanos, con economías domésticas y centradas en la explotación de materia prima, conciben el gobierno corporativo como la buena relación entre accionistas, administradores y ejecutivos, con el fin de obtener réditos positivos en la venta de bienes y servicios o en la exportación de materia prima, al amparo de normativas societarias establecidas por el Estado.

A pesar de estas diferencias, las compañías han abogado por un *corpus* de gobernanza cuyos principios comunes puedan aplicarse a la realidad de cada compañía. De hecho, algunos organismos internacionales han elaborado recomendaciones, principios y normas de gobierno corporativo, como modelo o guía, mas no como un cuerpo monolítico jurídico,

<sup>251</sup> FARRAR, JOHN H., “The New Financial Architecture and Corporate Governance”, The International Lawyer, Winter 1999, pág. 930.

<sup>252</sup> GILSON, RONALD J., “Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 49, No. 2, 2001, pág. 329.



para todas las compañías del mundo y que pueden ser aplicados por estas, según las realidades y necesidades societarias de cada país o región.

En este sentido, a nivel global, ha sido muy valioso el aporte de organizaciones como el Foro Global de Gobierno Corporativo (GCGF, por sus siglas en inglés), la Organización para la Corporación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Corporación Financiera Internacional (IFC), como un lugar de encuentro, discusión, estudio y divulgación de las políticas y estándares de gobernanza. En base a estas propuestas internacionales, la región ha intercambiado experiencias y conocimientos sobre gobierno corporativo, a través de la Red de Institutos de Gobierno Corporativo de Latinoamérica (IGCLA), formada por el Instituto Argentino para el Gobierno Corporativo (IAGO), el Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (Confecámaras), el Instituto de Gobierno Corporativo de Costa Rica (IGC-CR), el Centro de Gobierno Corporativo y Desarrollo de Mercados de Chile (CGC&DM), la Bolsa de Valores de Quito de Ecuador (BGC), el Centro de Excelencia en Gobierno Corporativo de México (CEGC), el Instituto de Gobierno Corporativo de Panamá (IGC-P), la Asociación de Empresas Promotoras del Mercado de Capitales de Perú (Procapitales), y las representaciones de Bolivia y El Salvador.”<sup>253</sup>

En el Ecuador, las recomendaciones y principios de la OCDE y de la IGCLA, se vienen socializando por varios años. Un ejemplo es el Programa de Buen Gobierno Corporativo (BGC), impulsado por la Bolsa de Quito, que organizó sendos seminarios a miembros de juntas directivas, gerentes, accionistas y grupos de interés, creando alianzas con universidades, capacitando a personal académico en pregrado y postgrado, docentes, consultores de firmas y desarrollando planes pilotos de convenios con compañías para que reciban consultorías de diagnóstico de gobierno corporativo y de implementación de prácticas de gobernanza<sup>254</sup>.

<sup>253</sup> Global Corporate Governance Forum, *Gobierno Corporativo en Latinoamérica 2010-2011*, Washington, pág. VII.

<sup>254</sup> Global Corporate Governance Forum, *Gobierno Corporativo...*, op. Cit., pág. VIII.

Frente a este panorama, y, antes de abordar en el siguiente capítulo la realidad del gobierno corporativo en las sociedades mercantiles del Ecuador, conviene realizar una exposición sumaria de la gobernanza global y regional, con el fin de enmarcar jurídicamente el gobierno corporativo en Ecuador.

### **3.2 LOS ESTÁNDARES DEL GOBIERNO CORPORATIVO A NIVEL MUNDIAL**

Por cuestiones históricas, el Ecuador ha estado ligado con España por más de cinco siglos. Su sistema jurídico ha dejado una impronta indeleble en las instituciones ecuatorianas, y las sociedades mercantiles no han sido la excepción. De otro lado, las compañías nacionales, en el marco de la globalización, han tenido la necesidad de aplicar prácticas de gobierno corporativo recomendadas por los organismos internacionales, en especial los sugeridos por la OCDE. Sin embargo, las actividades mercantiles de las compañías ecuatorianas realizan sus actividades teniendo presente que, en las relaciones comerciales internacionales, EE.UU. es el principal socio comercial de Ecuador y de casi todos los países latinoamericanos.

Conviene, pues, realizar una exposición sucinta del sistema de gobierno corporativo de EE.UU., para pasar luego a los estándares propuestos por la OCDE y la normativa y praxis de gobernanza de España.

#### **3.2.1 EL sistema de gobierno corporativo en EE.UU.**

En EE.UU., el control de la compañía la tienen los accionistas. Los administradores (directorio y ejecutivos) dirigen las corporaciones buscando siempre el interés de los propietarios o capitalistas. En este sentido, le dan más importancia a la eficiencia y a resultados que redunden en ganancias. Prima pues por antonomasia el fin de lucro. Los empleados de la corporación, así como los acreedores, clientes, proveedores, no tienen una participación directa en la empresa, pero sus intereses están protegidos a través de contratos y otros medios legales.

La propiedad de la corporación no descansa exclusivamente en particulares. En general, como parte de la globalización y como característica de gobernanza, los empleados de las empresas representan el 8% del total de las acciones del país, el 59,9% del mercado accionario está en manos de los inversionistas institucionales, entre los que se puede contar a los fondos de pensiones, los fondos mutuos, las compañías de seguros, fundaciones privadas, los fondos de ahorros de universidades y organizaciones de caridad, firmas de inversiones, etc. Esto se debe a factores como el aumento de EE.UU., cambios en la legislación tributaria que mejoraron la creación de planes de ahorro de los jubilados, la creciente ventaja de los seguros de vida, de los fondos mutuos que facilitan la inversión y el retiro al instante de fondos a valores actuales de mercado<sup>255</sup>. Es por esta razón que las leyes de los Estado Unidos, a nivel de gobierno corporativo, se expiden para proteger a los inversionistas institucionales<sup>256</sup>.

A nivel de empresas públicas, por ejemplo, la parte directiva posee características peculiares: los directorios son pequeños, entre 5 a 15 miembros. Lo componen directores internos e independientes. En muchas empresas han desaparecido los internos, y sólo cuentan con directores independientes, que normalmente se reúnen una vez por año sin la presencia del gerente (CEO) o de los directores internos. Sucede que, muchas veces, los accionistas mayoritarios son inversionistas institucionales. Los directores son elegidos del grupo de los inversionistas institucionales, de preferencia mujeres. Los comités de auditoría, de nominaciones y de compensación lo integran directores externos. Eso sí, la parte ejecutiva está representada siempre por los gerentes, encargados del manejo diario de la empresa<sup>257</sup>.

De otro lado, en general, el sistema de gobernanza funciona en medio de un mercado competitivo guiado por la oferta y la demanda. La corporación realiza sus actividades mercantiles, pero la empresa en sí misma se convierte en “mercancía”, pues sus acciones

<sup>255</sup> HAMILTON, ROBERT W., “Corporate Governance in America 1950-200: Major Changes but Uncertain Benefits”, *The Journal of Corporate Law*, 2000, pág. 349.

<sup>256</sup> M. SABA, B. THOMAS, “El gobierno corporativo en los Estados Unidos a comienzos del siglo XXI y su posición en el ámbito global”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, No.3, pág. 667.

<sup>257</sup> HAMILTON, ROBERT W., “Corporate Governance...”, *op. Cit.*, pág. 665.

se compran y se venden al mejor postor en la bolsa de valores. Sin embargo, las compañías norteamericanas son empresas eficientemente administradas, y, por lo mismo, proporcionan información transparente a los compradores e inversionistas que demandan precios competitivos, así como el retorno de las inversiones. Y, debido a este sistema de gobernanza simple y eficiente, los Estados Unidos de América del norte poseen un mercado accionario “relativamente líquido y mucho más grande que otros países.”<sup>258</sup>

El éxito del gobierno corporativo norteamericano es tangible. Su modelo se intenta aplicar en países desarrollados, como Japón, pero también en nuestra región. Los organismos internacionales sugieren la aplicación de ciertos elementos en las compañías de los países desarrollados y en vías de desarrollo. El OCDE tiene estas buenas intenciones, a través de sus recomendaciones y de su Código de Gobierno Corporativo, pero según las características propias de cada país y región.

### **3.2.2 Introducción a los principios de gobierno corporativo de la OCDE**

OCDE<sup>259</sup> tiene una influencia preponderante en las legislaciones de buen gobierno de la región, en base a principios, recomendaciones y lineamientos, que están condensados en el documento “Principios de Gobierno Corporativo”, y que ha sido objeto de revisiones a través de mesas redondas, desde 1999. Constituye la normativa fundamental de los Sistemas Financieros del Consejo de Estabilidad Financiera (FSB, por sus siglas en inglés) y la base de los informes relativos a la observancia de códigos y normas (IOCN) del Banco Mundial en materia de buen gobierno corporativo. En el año 2004 se realizó la primera revisión de los Principios, rescatando el papel de la transparencia, rendición de cuentas, supervisión y respeto de los derechos de los propietarios de las acciones, el papel de los

<sup>258</sup> FARRAR, JOHN H., “The New Financial Architecture...”, op. Cit., pág. 839.

<sup>259</sup> La Organización para la Corporación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se funda el 14 de diciembre de 1960, para darle continuidad a la antigua Organización Europea de Cooperación Económica (OECE). Actualmente la integran 37 países, con sede en París. Se trata de un foro en el que los gobiernos, con una economía de mercado, trabajan conjuntamente para afrontar los desafíos económicos, sociales y de buen gobierno con el fin de aprovechar las nuevas oportunidades del mercado, coordinando políticas locales e internacionales. En la región, OCDE cuenta con algunos miembros, como México y Chile. Ecuador todavía no es miembro de la organización, pero, el 21 de mayo del 2019, fue aceptado en el Centro de Desarrollo de la OCDE.

actores interesados. Sin embargo, frente a los cambios económicos y jurídicos, entre los años 2014 y 2015, tuvo lugar la segunda revisión de los principios, a cargo del Comité de Gobierno Corporativo de la OCDE. El análisis y crítica se enriqueció con el aporte de los órganos oficiales, como el Comité Consultivo Empresarial e Industrial, el Comité Sindical Consultivo, así como el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, el Consejo de Estabilidad Financiera, el Banco Mundial, la Mesa Redonda sobre Gobierno Corporativo de la OCDE en América Latina, Asia, Oriente Medio y África del Norte. En abril del 2015, el Gobierno Consultivo del G20 debatió el proyecto de revisión, y, el 8 de julio del mismo año, el Consejo de la OCDE los aprobó las reformas. Finalmente, los principios se expusieron en la cumbre de líderes del G20 (15 y 16 de noviembre del 2015, Antalya), en donde aprobaron bajo el nombre de Principios de Gobierno Corporativo del G20 y la OCDE. La OCDE es consciente que no existe un único modelo de gobierno corporativo. Es por ello que, a la hora de elaborar los principios se ha tenido en cuenta elementos comunes, con el fin de abarcar los diferentes modelos existentes. Para los legisladores, los principios son una herramienta de evaluación del marco legislativo, reglamentario e institucional del gobierno corporativo de cada región o país. Por ello, han sido decisivos en Latinoamérica para establecer los Lineamientos para un Código Andino de gobierno Corporativo y el Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo, publicados por el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF). Son concisos, comprensibles para la comunidad internacional. Pero no son vinculantes, ni pretenden ser un recetario para la legislación regional o nacional, pero sirven como marco de referencia para todo el mundo.

Así, por ejemplo, para las empresas, públicas o privadas, cotizadas o no cotizadas, los principios permiten: elaborar normas obligatorias o consensuadas más concretas que permitan obtener eficiencia y crecimiento económico sostenible y estabilidad financiera; consolidar y mejorar las relaciones entre accionistas, dirección, empleados, proveedores y clientes, además de ampliar su horizonte cuando la relación se establece como la comunidad y el gobierno central y descentralizado; fortalecer las líneas de acción y decisión de la empresa para obtener la confianza de los inversores, formación y asignación del capital, conservación del medio ambiente, ética empresarial, prácticas anticorrupción, reducción de los costes de capital, acceso a los mercados de capitales.

La OCDE propone a las regiones, gobiernos y empresas 6 grandes principios de gobierno corporativo, y son los siguientes: “I) Consolidación de la base para un marco eficaz de gobierno corporativo; II) Derechos y tratamiento equitativo de los accionistas y funciones de propiedad clave; III) Inversores institucionales, mercados de valores y otros intermediarios; IV) El papel de los actores interesados en el ámbito del gobierno corporativo; V) Divulgación de información y transparencia; y VI) Las responsabilidades del Consejo de Administración”<sup>260</sup>.

Cada uno de los principios tiende un determinado fin. Por ejemplo: El primero busca promover mercados eficientes y transparentes, acorde con las leyes vigentes de cada país, articulando con claridad las responsabilidades entre las autoridades encargadas de la supervisión, regulación y el cumplimiento con las leyes; el segundo establece un marco para proteger los derechos de los accionistas y facilitar su ejercicio, el tercero propone un marco para asegurar el trato equitativo entre accionistas, y que las controversias entre ellos se resuelvan a través de una justicia eficaz; el cuarto busca reconocer los derechos de los grupos de interés establecidos por la ley o a través de acuerdos mutuos, con el fin de crear riqueza, empleo, empresas financieramente exitosas; el quinto presenta pautas para que las empresas den seguridad de que la información revelada es oportuna y exacta respecto a la situación financiera, desempeño, propietarios y dirección de las empresas; y, finalmente, el sexto, señala algunos lineamientos para que la empresa esté dirigida estratégicamente, con un control eficaz en la administración por parte del consejo de administración y que este dé cuenta a la empresa y a los accionistas.

A continuación una explicación más detallada de cada principio:

**a. Primer Principio: “El marco de gobierno corporativo promoverá la transparencia y la equidad de los mercados, así como la asignación eficiente de los recursos. Será coherente con el Estado de Derecho y respaldará una supervisión y una ejecución eficaces”.**

<sup>260</sup> OCDE, “Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20”, Editions OCDE, París, págs. 3-4

El principio se refiere a la eficacia del gobierno corporativo como marco normativo.

El gobierno corporativo, si quiere ser eficaz, debe constituirse en un referente que genere y garantice un ámbito de confianza en la aplicación del marco legal para promover mercados eficientes y transparentes. En este sentido, es esencial la participación responsable de las autoridades regionales y nacionales para la supervisión, regulación y cumplimientos de las leyes relacionadas con el buen gobierno corporativo.

Los órganos legislativos de las regiones y naciones del mundo tiene la misión de elaborar políticas flexibles para satisfacer las necesidades empresariales en circunstancias espacio temporales diversas, como la estructura de la propiedad, modo de producción y de desarrollo de las empresas. Las leyes y reglamentaciones que se elaboren, deben aplicarse de manera eficiente y equitativa a todas las partes de un negocio o empresa. Por lo mismo, las autoridades contarán con facultades ejecutivas y sancionadoras para prevenir comportamientos deshonestos y promover prácticas de buen gobierno corporativo. Desde esta línea de acción, es importante elaborar códigos de gobierno corporativo, sin rango de ley o de reglamento, que ofrezcan credibilidad al mercado, al señalar el ámbito de aplicación, fuerza vinculante y posibles sanciones por su incumplimiento.

Las autoridades, por su parte, deben tener claro su acción y responsabilidad en la aplicación del marco jurídico del gobierno corporativo, sobre todo en países en los que existen marcos legales diversos pero relacionados con las empresas (normativa societaria, contable, tributaria, laboral, de valores, etc.).

De otro lado, las autoridades con facultades de supervisión, regulación y garantía del cumplimiento de la normativa de gobierno corporativo, tendrán las respectivas facultades y recursos económicos suficientes para cumplir con sus obligaciones y sus resoluciones serán oportunas, transparentes y fundamentales, sujetas al control judicial y administrativo.

EL principio fortalece también la cooperación internacional entre pares, cuando las sociedades realizan operaciones transfronterizas, como entidades registradas en las bolsas de estados distintos, mediante la creación de sistemas bilaterales y multilaterales de intercambio de información.

**b. Segundo principio: “El marco del gobierno corporativo protegerá y facilitará el ejercicio de los derechos de los accionistas y garantizará el trato equitativo a todos ellos, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todos tendrán la posibilidad de que se reparen de forma eficaz las violaciones de sus derechos”.**

El segundo principio aborda el tema de los derechos de los accionistas y las funciones de los propietarios.

Es de conocimiento público que el accionista, además de poseer derecho de propiedad sobre la acción que aporta, la cual puede comprarse, venderse o transferirse, también goza de beneficios de la empresa, de acuerdo a la cantidad invertida.

Los principios de la OCDE establecen de forma clara los derechos fundamentales de los accionistas, como: 1) registrar su derecho de propiedad mediante un método seguro; 2) ceder o transferir sus acciones; 3) obtener información pertinente y relevante sobre la sociedad de forma oportuna y periódica; 4) participar y votar en las Juntas Generales de Accionistas; 5) elegir y destituir a los miembros del Consejo de Administración; y 6) participar en los beneficios de la sociedad.

Del derecho a la información debida y oportuna de lo que sucede en la empresa, se propone que exista: 1) modificación del reglamento interno, los estatutos o cualquier otro documento rector de la sociedad; 2) autorización de la emisión de nuevas acciones; y 3) operaciones extraordinarias, incluida la transferencia de la totalidad o de una parte sustancial de los activos que, en la práctica, supongan la venta de la sociedad.

La participación eficaz y el ejercicio del derecho al voto en las Juntas generales de accionistas deben regirse por los siguientes enunciados: 1) Con la antelación adecuada, se facilitará a los accionistas información suficiente sobre la fecha, el lugar y el orden del día de las Juntas Generales, así como información completa y oportuna acerca de los asuntos que van a someterse a decisión; 2) Los procesos y normas de funcionamiento de las Juntas permitirán un trato equitativo a los accionistas. Los procedimientos de las empresas no



dificultarán ni encarecerán indebidamente el voto; 3) Los accionistas tendrán la oportunidad de plantear preguntas al Consejo de Administración, incluidas las relativas a la auditoría externa anual, así como de añadir asuntos al orden del día de las Juntas Generales y de proponer acuerdos, dentro de límites razonables; 4) Se facilitará la participación eficaz de los accionistas en las decisiones clave en materia de gobierno corporativo, tales como la propuesta y la elección de los miembros del Consejo de Administración. Los accionistas podrán expresar sus puntos de vista sobre la retribución de los miembros de aquel o los altos directivos, según proceda, a través de la votación en las Juntas de Accionistas, entre otros medios. La remuneración con acciones en los sistemas retributivos aplicables a los miembros del Consejo y a los empleados se someterá a la aprobación de los accionistas; 5) Los accionistas podrán votar de forma presencial y no presencial con los mismos efectos; 6) Se eliminarán los obstáculos para el voto transfronterizo.

Un dato novedoso de los principios es que los accionistas, incluidos los institucionales, tendrán la posibilidad de consultarse mutuamente las cuestiones relativas a sus derechos básicos como accionistas, con determinadas excepciones para evitar abuso, como el de manipular mercados y hacerse con el control de la compañía sin someterse a la normativa en materia de absorciones y revelación de datos.

Uno de los problemas acuciantes en las empresas es el trato igualitario entre accionistas. Para evitar abusos entre accionistas mayoritarios y minoritarios, o entre nacionales y extranjeros, se establece lo siguiente: 1) Dentro de una misma clase de acciones, todas las acciones otorgarán los mismos derechos. Todos los inversores podrán obtener información sobre los derechos asociados a todas las series y clases de acciones antes de comprarlas. Cualquier cambio en los derechos económicos o de voto deberá ser sometido a la aprobación de las clases de acciones que se vean perjudicadas; 2) Se comunicarán las estructuras de capital y los sistemas de control; 3) Los accionistas minoritarios gozarán de protección frente a actos abusivos directos o indirectos por parte de los accionistas mayoritarios o en su beneficio, y contarán con medios eficaces de reparación. Se prohibirán las operaciones de auto-contratación que sean abusivas; 4) Las normas y procedimientos

que rigen la toma de control en los mercados de capitales, así como las operaciones extraordinarias tales como las fusiones y la venta de partes sustanciales de los activos de una sociedad, se difundirán claramente para que los inversores comprendan sus derechos y recursos. Las operaciones tendrán lugar a precios transparentes y en condiciones justas que protejan los derechos de todos los accionistas conforme a sus clases correspondientes; 5) No deben emplearse medidas para evitar una toma de control con el objetivo de proteger a la dirección y al Consejo de Administración de la rendición de cuentas.

**c. Tercer principio: “El marco del gobierno corporativo debe proporcionar incentivos sólidos a lo largo de toda la cadena de inversión y facilitar que los mercados de valores funcionen de forma que contribuya al buen gobierno corporativo”**

EL gobierno corporativo debe garantizar el movimiento de los inversores institucionales, los mercados de valores y los intermediarios.

Las empresas cuentan ahora con la presencia de titulares inversores institucionales, como los fondos de inversiones, fondos de pensiones, compañías de seguros y fondos de cobertura, que confían sus activos a profesionales especializados en bolsas de valores. Resulta un poco complicado su participación en las compañías, incluso el ejercer su derecho al voto, de carácter obligatorio muchas veces, pero que resulta muchas veces, por las dificultades de tiempo y espacio, ejercerlo.

Frente a esta problemática, se establecen las siguientes recomendaciones: 1) Los inversores institucionales que actúen en calidad de fiduciarios revelarán sus políticas en materia de gobierno corporativo y de votación en lo relativo a sus inversiones, incluidos los procedimientos previstos para decidir sobre el ejercicio de sus derechos de voto; 2) Los custodios o representantes votarán con arreglo a las instrucciones del beneficiario efectivo de las acciones; 3) Los inversores institucionales que actúen en calidad de fiduciarios comunicarán el modo en que gestionan los conflictos de intereses sustanciales que puedan influir en el ejercicio de los derechos de propiedad fundamentales relativos a sus inversiones; 4) El marco del gobierno corporativo exigirá que los asesores de voto, analistas, agentes financieros, agencias de clasificación y otros que proporcionan análisis y asesoramiento relevantes para las decisiones de los inversores, revelen y minimicen los

conflictos de intereses que puedan comprometer la integridad de sus análisis o su asesoramiento; 5) Se prohibirán las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado y se velará por el cumplimiento de la normativa aplicable; 6) Las empresas que coticen en un país que no sea en el que están constituidas divulgarán claramente la legislación y los reglamentos de gobierno corporativo que se les aplican. En el caso de empresas con cotización transfronteriza, los criterios y el procedimiento para reconocer los requisitos de la cotización principal serán transparentes y estarán documentados; 7) Los mercados de valores facilitarán una determinación justa y efectiva de los precios para fomentar un gobierno corporativo eficaz.

**d. Cuarto principio: “El marco de gobierno corporativo reconocerá los derechos de los actores interesados que disponga el ordenamiento jurídico o se estipulen de mutuo acuerdo y fomentará la cooperación activa entre éstos y las sociedades con vistas a la creación de riqueza y empleo, y a la sostenibilidad de empresas sólidas desde el punto de vista financiero”**

El axioma en cuestión norma el papel de los grupos de interés en el gobierno corporativo. El fin es garantizar la circulación de capital externo hacia las empresas, como capital y como deuda, con la participación y contribución de inversores, trabajadores, acreedores, clientes, proveedores, dando como resultado una empresa competitiva y rentable, en el marco del respeto de los derechos de cada uno.

Por ello, es importante que en la empresa: 1) Se respeten los derechos de los actores interesados que disponga el ordenamiento jurídico o se estipulen de mutuo acuerdo; 2) tendrán la oportunidad de obtener una reparación eficaz en caso de que se hayan vulnerado; 3) Se debe permitir el desarrollo de mecanismos de participación para los trabajadores; 4) deben tener un acceso oportuno y periódico a información pertinente, suficiente y fiable, en los casos en los que los actores interesados participen en el proceso de gobierno corporativo; 4) los actores interesados, incluidos los empleados a título individual y sus órganos de representación, pueden comunicar libremente al Consejo de Administración y a las autoridades públicas competentes su inquietud en relación con prácticas ilegales o contrarias a la ética sin que ello suponga poner en peligro sus derechos; 5) El marco del

gobierno corporativo se complementará con una normativa eficaz y eficiente sobre insolvencia, así como con una ejecución efectiva de los derechos de los acreedores.

**e. Quinto principio: “El marco del gobierno corporativo garantizará la comunicación oportuna y precisa de todas las cuestiones relevantes relativas a la empresa, incluida la situación financiera, los resultados, la propiedad y sus órganos de gobierno”.**

El quinto principio se refiere a la necesidad de la revelación y transparencia de la información corporativa relevante.

Se trata de uno de los pilares del derecho fundamental del trato equitativo: además de existir información relevante sobre las empresas, por diversos medios, por ejemplo, a través de la Web, las empresas deben comunicar a los inversores y agentes de mercado información sobre la empresa, de forma diáfana. En algunos países, la información se ofrece anualmente. En otros países se hace semestral o trimestralmente. Tanto la dación de la información, así como el acceso a la misma, debe cumplir estándares internacionales de alta calidad en materia de contabilidad y de presentación de informes financieros y no financieros. Los canales que se utilicen para difundir la información permitirán que los usuarios accedan a información pertinente de modo igualitario, oportuno y eficiente en términos de coste.

Por ello, la OCDE, propone que la compañía revelará, como mínimo, información relevante sobre: 1) Los resultados financieros y de explotación, como balance, cuenta de resultados, estado de flujos de efectivo y la memoria; 2) Los objetivos de la empresa e información no financiera; 3) Los grandes accionistas, incluidos los beneficiarios efectivos, y los derechos de voto; 4) La retribución de los miembros del Consejo de Administración y de los altos directivos; 5) La información relativa a los miembros del Consejo de Administración, incluidos su cualificación, el proceso de selección, sus cargos como consejeros en otras empresas y si el Consejo de Administración los considera independientes o no; 6) Operaciones con partes vinculadas; 7) Factores de riesgos previsibles, como la situación de los mercados financieros, incluidos los vinculados a los tipos de interés o las divisas, el

asociado a los instrumentos derivados y las operaciones fuera de balance, los relacionados con el medio ambiente; 8) Cuestiones relacionadas con los empleados y actores interesados, como las remuneraciones, la cobertura de negociación colectiva, los sistemas de representación de los trabajadores, la relación con los acreedores, proveedores y comunidades locales; 9) Las estructuras y políticas de gobierno, política de gobierno corporativo y el procedimiento para su aplicación.

Un asunto sensible de la compañía es su estado contable. Por lo mismo, la información sobre este aspecto es de vital importancia. Es preciso que un auditor independiente, competente y cualificado, lleve a cabo una auditoría anual con arreglo a normas de alta calidad, con el fin de ofrecer a los consejeros y a los accionistas una garantía externa y objetiva de que los estados financieros reflejan adecuadamente la situación financiera y los resultados de la empresa en todos los aspectos sustanciales. Debe quedar claro que los auditores externos responderán ante los accionistas y se comprometerán ante la empresa a actuar con la debida diligencia profesional durante la realización de la auditoría.

**f. Sexto principio: “El marco para el gobierno corporativo debe garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección por parte del Consejo y la rendición de cuentas ante la empresa y los accionistas”**

El sexto principio regula las responsabilidades del consejo de administración, cuya estructura varía en las regiones y países. En algunos, el consejo asume los roles de administración y supervisión, en otros, estas funciones se designan a un órgano de administración y a otro órgano de supervisión. En ambos casos, se trata de dirigir la estrategia corporativa, supervisar el sistema de gestión de riesgos, rendir cuentas a la empresa, proteger los intereses de los actores, cumpliendo la normativa vigente, dsobre todo en lo tocante a la parte medioambiental y social, con el fin de ofrecer una rentabilidad a los propietarios.

El principio, pues, tiene implicaciones importantes que le dan forma al consejo administrativo en los actuales momentos. Por eso, establece lo siguiente: 1) Los miembros

del Consejo deben actuar con pleno conocimiento, de buena fe, con la diligencia y la atención debidas, y según los intereses de la empresa y los accionistas; 2) Cuando las decisiones del Consejo afecten de manera diferente a distintos grupos de accionistas, debe dispensárseles un trato equitativo; 3) El Consejo debe obrar de forma ética y tener en cuenta los intereses de los actores interesados.

De otro lado, el consejo debe realizar ciertas funciones importantes, como: 1) Revisar y orientar la estrategia corporativa, los grandes planes de actuación, las estrategias y los procedimientos de gestión de riesgos, los presupuestos anuales y los planes de negocio; fijar objetivos en materia de resultados; realizar un seguimiento de la ejecución y del cumplimiento por parte de la empresa; y supervisar la inversión en activo fijo, las adquisiciones y las desinversiones de mayor cuantía; 2) Controlar la eficacia de las prácticas de gobierno de la empresa e introducir los cambios necesarios; 3) Seleccionar, retribuir, controlar y, en los casos necesarios, sustituir a los ejecutivos clave y supervisar los planes de sucesión; 4) Adaptar la remuneración de los ejecutivos principales a los intereses a largo plazo de la empresa y sus accionistas; 5) Garantizar la existencia de un proceso formal y transparente de propuesta y elección del Consejo; 6) Controlar y gestionar los posibles conflictos de intereses entre la dirección, los miembros del Consejo y los accionistas, incluido el uso indebido de activos corporativos y los abusos en las operaciones con partes vinculadas; 7) Garantizar la integridad de los sistemas de presentación de informes contables y financieros de la empresa, incluida la auditoría independiente, y la adopción de sistemas adecuados de control, en concreto, de gestión de riesgos, de control económico y operativo, y su adecuación a la legislación y a las normas pertinentes; 8) Supervisar el proceso de información y las comunicaciones.

De otro lado, el consejo debe tener la capacidad para pronunciarse con objetividad sobre los asuntos de la empresa. Para ello, es necesario que designe un número suficiente de consejeros no ejecutivos, con capacidad para emitir juicios independientes sobre tareas cuando exista un posible conflicto de intereses. Ejemplos de dichas responsabilidades claves son garantizar la integridad de la información financiera y no financiera, revisar las

operaciones con partes vinculadas, proponer a los consejeros y ejecutivos clave, y fijar la retribución del Consejo.

No se debe olvidar que los trabajadores estén obligatoriamente representados en el Consejo. Debe diseñarse mecanismos que faciliten el acceso a la información y la formación de sus representantes, de tal manera que esta representación sea efectiva y contribuya de manera óptima a mejorar las competencias, la información y la independencia del Consejo.

Para cumplir con sus responsabilidades, los miembros del consejo deben tener acceso a información precisa, pertinente y oportuna con el fin de tomar decisiones y facilitar la comunicación con ejecutivos claves, como el secretario, auditor interno, responsable de gestión de riesgos.

En general, los principios de la OCDE constituyen una guía de gobierno para las economías emergentes de la región, y en especial para Ecuador, que no solo poseen un mercado de valores incipiente, sino porque también no existe una legislación expresa que establezca pautas para desarrollar buenas pautas de gobierno corporativo. Su asimilación y aplicación ha permitido, asegurar mayor representatividad de los pequeños accionistas, determinar de forma transparente la retribución de los administradores y asesores de las sociedades, salvaguardar los derechos de los grupos de interés y buscar nuevos mecanismos de información veraz y de solución de conflictos a través de mecanismos pacíficos como la mediación y el arbitraje.

### **3.2.3 Gobierno Corporativo en España**

La normativa de gobierno corporativo de España ha pasado por tres fases<sup>261</sup>, relacionadas con la aparición del Código de comercio de 1885, la Ley de régimen jurídico de las sociedades anónimas de 1951 y la subsiguiente normativa, y las reformas de gobierno corporativo a raíz de la crisis del 2008.

<sup>261</sup> Para una mayor consulta sobre el tema: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., “Evolución del tratamiento del buen gobierno corporativo de las sociedades anónimas en el Derecho Español”, Revista Lex Mercatoria, No. 1, 2016, Artículo No. 12, Págs. 58-62

**Código de comercio de 1885.** A diferencia de la ley francesa de 1869, que dotaba a las sociedades de normas claras, evitando el liberalismo en el campo del régimen societario, el código de comercio español de 1885 establece tres principios para las compañías mercantiles: 1) Libertad absoluta para constituir compañías; 2) No intervención estatal en las compañías; 3) publicidad de los actos sociales a terceros.

**Ley de sociedades anónimas de 1951.** Sin embargo, el régimen de excepción y del principio impositivo del Código de comercio de 1885, trajo consigo inseguridad e incertidumbre en las relaciones jurídicas entre sociedades. La Ley de sociedades anónimas de 1951, situó a España en la vanguardia de la normativa europea. Protege mayormente la garantía de accionistas y acreedores al establecer, por ejemplo principios claves, como el derecho de información, la protección de obligaciones, responsabilidad de los administradores y la limitación de sus retribuciones. Respecto a la contabilidad, establece claramente su estructura, contenido, censura y publicidad. Sin embargo, la aparición de nuevas circunstancias societarias a nivel mundial, obligaron al ordenamiento societario español, por ejemplo, hacer frente al abuso de los administradores y altos directivos, con el fin de proteger a los accionistas e inversores en los mercados financieros, con la promulgación de una serie de leyes que arrancan con la Ley 19/1989, de 25 de junio y que continuaron en los años de 1995, 1998, 1999, 2002, 2003, 2005, etc. La falta de protección de socios minoritarios y de consumidores de inversiones en las sociedades cotizadas desembocó a nivel continental en una serie de investigaciones, condensados en el *Informe Cadbury* por parte del *Committe on the Financial Aspects on Corporate Governance* (1992), *Informe Greenbury* del *Comité UK Confederation on Business and industry* (1995), Informe Hampel sobre la Comisión de Gobierno de las Sociedades del Consejo de información Financiera (1998). A nivel nacional, cabe destacar el Informe de Olivencia (1998) y el Informe Aldama (2003), que pregonaban la transparencia y seguridad de los mercados financieros y de las sociedades cotizadas. Sin embargo, tales principios tenían las características de ser *soft law*, esto es, conjunto de regulaciones que podían ser acogidas voluntariamente por las compañías, situación que en nada mejoró la situación de los accionistas e inversionistas.



**Las reformas de gobierno corporativo a raíz de la crisis del 2008.** La urgencia de una normativa obligatoria y vinculante, o *hard law*, en contraposición a la voluntariedad del *soft law*, trajo consigo en el 2006, la elaboración del Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. La normativa llegó demasiado tarde. España fue duramente golpeada por la crisis de 2008<sup>262</sup>. Los códigos de buen gobierno interno de las compañías resultaron ser insuficientes. Razón por la cual, el gobierno emprendió una reforma a la legislación societaria que desembocó en cinco cuerpos legales que intentan fortalecer las sociedades a través de parámetros de buena gobernanza<sup>263</sup>: 1) Ley de Sociedades de Capital; 2) Ley 31/2014; 3) Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas; 4) Ley de Auditorías; y, 5) Ley 11/2018 sobre información no financiera y diversidad.

La Ley de Sociedades de Capital (LSC) norma el funcionamiento de las sociedades. Se le ha realizado algunos cambios, como el refuerzo a la junta general y el fomento de la participación de los propietarios.

La Ley 31/2014<sup>264</sup> tenía como objetivo mejorar el gobierno corporativo de las sociedades de capital a través de la creación de nuevas reglas. Respecto a las modificaciones realizadas

<sup>262</sup> El estudio del desarrollo del gobierno corporativo en España lo podemos encontrar en: ALONSO, M. *Herramientas para el control de la empresa por parte del accionista: los códigos de buen gobierno e Internet*, Madrid, 2008, Pecunia, págs. 29-51; ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y AUDITORIA (AECA). *Marco conceptual de la responsabilidad social corporativa*. Madrid: Comisión de responsabilidad social corporativa, AECA, 2004, págs. 84-90; BALLESTEROS, B. C., GARCÍA, R., & MARTÍNEZ, J. “Efecto de la composición del Consejo de Administración en las prácticas de RSC”, 2015 18(1), págs. 20–31; CRESPO, M., Y ZAFRA, A., transparencia y buen gobierno: su regulación en España, Nueva Imprenta, Madrid, 2005, págs. 1-22; RUGGIE, J.G. “Gobernanza mundial y teoría de la nueva gobernanza: Lecciones sobre empresas y derechos humanos”. Traducción del original de 2014. Revista de Responsabilidad Social de la Empresa, Núm. 20, Mayo-Agosto 2015, págs. 17-32.

<sup>263</sup> La Ley de Sociedades de Capital se expide mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio del 2010, aprobándose el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; El 24 de diciembre se aprueba la Ley 31/2014, que modifica la Ley de sociedades de capital; El Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (Código de Buen Gobierno), se aprobó mediante Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional de Mercado de Valores (CNMV), del 18 de febrero de 2015. Tiene como precedente el Código Unificado aprobado por la CNMV, de fecha 22 de mayo de 2006, así como el Código Unificado de junio de 2013; la Ley de Auditoría se aprobó mediante Ley 22/2015, del 20 de julio de 2015, pero entró en vigor el 17 de junio de 2016; la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

<sup>264</sup> La Ley 31/2014 tiene como precedente los trabajos de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo. La Comisión propuso iniciativas y reformas normativas para mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas y que fueron expuestas en el “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas” del 14 de octubre de 2013, y que sirvió de base para la Ley 31/2014. Contiene normativa expresa para todas las sociedades y para las cotizadas. Para una mejor comprensión de los alcances

a las sociedades no cotizadas, las principales novedades afectan a los órganos de gobierno de las sociedades, esto es, a la junta general y al órgano de administración, en especial al consejo de administración, obligando además publicar en la memoria de las cuentas anuales el periodo medio de pago a los proveedores, y de ser posible, hacerlo conocer por la página web de la empresa, si la tuviere. En relación a la junta general, la Ley modifica los artículos 160, 162, 196, 190, 197, 204, 293 de la LSC. En relación a la junta general puede impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización decisiones esenciales (aquellas en las que el volumen supere el 25% total de activos del balance) o acuerdos sobre ciertas materias de gestión, salvo que el estatuto disponga lo contrario; se restringe, en las sociedades anónimas, el derecho de información del accionista, cuando resulta innecesaria para la tutela de los derechos del accionista o su publicidad resulta perjudicial a la sociedad; se dispone la votación separada en asuntos sustancialmente independientes, como el nombramiento, reelección o superación de administradores, o de artículos del estatutos que tengan autonomía propia; para evitar conflicto de intereses, se prohíbe el ejercicio de voto a los accionistas en los casos graves de interés, como la autorización para la transmisión de acciones o participaciones sujetas a restricción legal o estatutaria o la exclusión de la sociedad, la prestación de asistencia financiera o la dispensa de las obligaciones del deber de lealtad si el accionista fuera administrador; se reglamenta que debe mantenerse el acuerdo separado de las acciones afectadas y las no afectadas cuando existan modificaciones estatutarias que conlleven un trato discriminatorio o asimétrico entre las acciones de la misma clase o única clase; se establece con carácter general la mayoría simple como criterio de cómputo para la validez de los acuerdos de las sociedades anónimas y se añaden como causas de impugnación la infracción del reglamento de la junta general, así como mejoras para tratar de evitar el abuso de derecho de impugnación en detrimento de la seguridad del tráfico jurídico y la eficiencia de la sociedad.

En referencia a los órganos de administración, la Ley establece normas claras sobre sus deberes, competencias y retribuciones: se hace hincapié en los deberes de diligencia y lealtad, los procedimientos que deben seguirse en caso de conflictos, la responsabilidad de

de la Ley en las empresas no cotizadas, ver la obra: JUSTE MENCÍA, J. y alter, *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Editores Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015.

devolver el enriquecimiento injusto; es competencia indelegable del consejo de administración celebrar la reunión cada trimestre, a la que deben asistir personalmente, para empoderarse de la gestión y supervisión de la sociedad; la retribución de los consejeros debe ser razonable, acorde a la situación económica de la empresa, así como el voto del socio en situación de conflicto de interés

Respecto a la retribución de los consejeros, la Ley deja sentada la disposición para los consejeros ejecutivos y los delegados. Y es que la Ley de Sociedades de Capital de 2010<sup>265</sup>, en el artículo 217, establecía que el cargo de administrador era gratuito, salvo disposición contraria en el estatuto. Sin embargo, la LSC de 2014, reforma y amplía tal disposición en el artículo 529. Mantiene el principio de la gratuidad del cargo de administrador, pero, si el estatuto lo determina, dispone que la misma puede consistir en: 1) una asignación fija; 2) dietas de asistencia; 3) participación en beneficios; 4) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia; 5) remuneración en acciones; 6) indemnizaciones por cese, 7) sistemas de ahorro o previsión oportunos. En el artículo 249, la LSC señala que la retribución del consejero delegado debe fijarse mediante contrato entre éste y la sociedad, que debe anexarse al acta de la sesión en la que el consejo tomó la decisión. Así pues, quedó establecido que la retribución de los consejeros ejecutivos debe constar en el estatuto, mientras que la de los consejeros delegados, debe realizarse mediante contrato<sup>266</sup>.

Por último, el problema de la participación del socio con su voto en un conflicto de interés, que estaba circunscrita a los socios de las compañías limitadas, se extiende a todos los accionistas, y en especial a las sociedades cotizadas, conforme la disposición del artículo 190.1, distinguiendo, no obstante, entre prohibiciones de voto *ex lex* (letras c, d) y estatutarias (letras a, b<sup>267</sup>). Respecto a las prohibiciones *ex lex*, *se prohíbe votar al socio de una compañía de capital, cuando ésta lo libere de una obligación o le conceda un derecho*,

<sup>265</sup> Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, del 10 de julio.

<sup>266</sup> La Dirección General de los Registros y del Notario, mediante Resolución de 30 de junio de 2015 (BOE 30/09/2015), sigue este sentido de la norma, respecto a la retribución de consejeros ejecutivos y delegados. Para un estudio más amplio de esta Doctrina puede consultarse: COHEN BENCHETRIT, A., “Doctrina consolidada de la Dirección de los Registros y del Notariado en materia de retribución del consejero ejecutivo y del consejero delegado”, Revista Lex Mercatoria, 2017, Artículo 6, Págs. 29-34.

<sup>267</sup> SÁNCHEZ RUÍZ, M., “Voto y conflicto de intereses del accionista”, Revista Lex Mercatoria, Año, 2017, Artículo 17, Págs. 121-128.

*le facilite asistencia financiera, o siendo, administrador, le libere de las obligaciones derivadas de lealtad, de acuerdo al artículo 230 de la LSC. En cuanto a la prohibición estatutaria, ésta opera siempre y cuando así se establece en el estatuto, esto es, si la prohibición consta de forma expresa como cláusula estatutaria.*

**La Ley de Auditorías.** Tiene como fin ordenar y fortalecer el mercado de las auditorías. Realizó cambios internos en las funciones organizativas de las empresas, como la rotación externa de las firmas de auditoría cada decenio, así como la creación de cuerpos de inspectores para controlar a los auditores. La Ley 11/2018 sobre información no financiera y diversidad: incorpora directrices europeas como las modificaciones en la normativa de instituciones de inversión colectiva, servicios de pago, apoyo a emprendedores y su globalización.

Interesa detenernos en la exposición del Código de buen Gobierno Español, que, aunque dirigido a las sociedades de gran tamaño, que cotizan en la bolsa de valores, puede ser implementado por las empresas medianas o pequeñas, sin carácter obligatorio.

**El Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas.** Se basa en 25 principios, y expone 64 recomendaciones de carácter voluntario para un mejor gobierno interno, transparente y empoderado, plantea nuevos estándares de composición y funcionamiento de los consejos de administración, clarifica las responsabilidades de los consejeros e incorpora nuevas medidas de transparencia para las juntas de accionistas<sup>268</sup>. Su carácter voluntario está sujeto al principio de “cumplir o explicar”. Es decir, no reitera normas legales aplicables, pero exige que se dé cuenta del grado de seguimiento de las recomendaciones o, en su caso, de la falta de seguimiento de las mismas tanto por escrito en el informe anual de gobierno corporativo como verbalmente a los accionistas por parte del presidente del consejo de administración que explicará, con suficiente detalle, los aspectos más relevantes del gobierno corporativo de la sociedad y, en particular, los

<sup>268</sup> Una exposición sucinta del contenido del Código de Buen Gobierno de 2015 lo encontramos en: DOMÍNGUEZ, AGEL P. ET AL. *El gobierno corporativo en Iberoamérica: Recomendaciones de buen gobierno versus regulación en Iberoamérica*, Fundación del Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores, Madrid, 2015, págs. 223-228.

motivos concretos por los que la compañía no sigue alguna de las recomendaciones del Código de Gobierno Corporativo así como, si existieran, las reglas alternativas que aplique.

Establece que la promoción de las políticas adecuadas de responsabilidad social corporativa es una facultad indelegable del consejo, que debería ofrecer información transparente sobre su desarrollo, aplicación y resultados. Como algo novedoso, propone que al menos un 30% de los miembros del consejo sean mujeres antes de 2020 y determina la conveniencia de que, en aquellas sociedades en las que el presidente y el consejero delegado sean la misma persona, se nombre un consejero coordinador.

El Código se estructura en tres grandes bloques: 1) aspectos generales (recomendaciones 1 a 5); 2) Junta General (recomendaciones 6 a 11), y, 3) Consejo de Administración (recomendaciones 12 a 64).

En los Aspectos Generales se establecen como novedades que: la información sobre el seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo se debe realizar a través de su página web (recomendación 4); el ejercicio de la facultad delegada de emisión y exclusión del derecho de suscripción preferente, determina que el consejo de administración no eleve a la junta general una propuesta de delegación de facultades para emitir acciones o valores convertibles con exclusión del derecho de suscripción preferente, por un importe superior al 20% del capital en el momento de la delegación. En el caso de que el consejo de administración apruebe cualquier emisión de este tipo, se recomienda que se publiquen inmediatamente en la página web los informes exigidos por la legislación mercantil (recomendación 5).

Respecto al tema de la Junta General de Accionistas, el Código se refiere a la transparencia informativa y voto informado: es decir, debe recogerse la información a publicarse en la página web tanto de forma permanente como con la antelación suficiente a la celebración de la junta general de accionistas, celebración que deberá transmitirse en directo, a través de la página *web*, en *streaming*. También ha de publicar en la página web los siguientes informes que se elaboren de forma preceptiva o voluntaria: informe sobre la independencia

del auditor, los informes de funcionamiento de las comisiones de auditoría y de nombramientos y retribuciones, el informe de la comisión de auditoría sobre operaciones vinculadas o el informe sobre política de responsabilidad social corporativa. De otro lado, se establece que la comisión de auditoría vele por que el consejo de administración procure presentar las cuentas a la junta general de accionistas sin limitaciones ni salvedades en el informe de auditoría y que, en los supuestos excepcionales en que existan salvedades, tanto el presidente de la comisión de auditoría como los auditores expliquen con claridad a los accionistas el contenido y alcance de dichas limitaciones o salvedades. Si la sociedad tiene previsto pagar primas de accionistas, establezca, con anterioridad, una política general sobre tales primas y que dicha política sea estable. Finalmente, se incluyen recomendaciones tendentes a facilitar el ejercicio de los derechos de asistencia y participación de los accionistas.

En relación al Consejo de administración, el Código abunda en recomendaciones, como por ejemplo: En defensa del “interés social”, el consejo de administración debe conciliar el interés social con los legítimos intereses de sus empleados, proveedores, clientes y restantes grupos de interés afectados; En el consejo de administración, el número de consejeros independientes debe representar al menos la mitad del total de consejeros, que el porcentaje de consejeros dominicales no sea mayor que el porcentaje de capital social representado por dichos consejeros; el consejo de administración se reunirá con la frecuencia precisa para desempeñar con eficacia sus funciones y, al menos, ocho veces al año; las funciones del presidente del consejo de administración, se amplían, así como del consejero coordinador en el caso de que exista por tener el presidente la condición de consejero ejecutivo. En relación a la evaluación periódica del consejo de administración, se establece que el consejo de administración en pleno evalúe una vez al año y adopte, en su caso, un plan de acción que corrija las deficiencias detectadas, con el auxilio de un consultor externo independiente cada tres años.

Respecto a las comisiones y las unidades internas del consejo de administración, el Código amplía las funciones de la comisión de auditoría, la cual debe ser informada sobre las operaciones de modificaciones estructurales y corporativas que proyecte realizar la

sociedad para su análisis e informe previo al consejo de administración sobre sus condiciones económicas y su impacto contable y, en especial, en su caso, sobre la ecuación de canje propuesta; puede realizar nombramientos y retribuciones, revisar periódicamente la política de remuneraciones de altos directivos, incluidos los sistemas retributivos con acciones. Debe existir la unidad de auditoría interna, unidad interna organizativa, una unidad o departamento interno de la sociedad

Se recomienda que la remuneración de los consejeros sea la necesaria para atraer y retener a los consejeros del perfil deseado y para retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad que el cargo exija, pero no tan elevada como para comprometer la independencia de criterio de los consejeros no ejecutivos. De igual manera, la remuneración de los consejeros ejecutivos esté ligada al rendimiento de la sociedad y al desempeño personal y que el pago de una parte relevante de los componentes variables de la remuneración se difiera por un período de tiempo mínimo suficiente para comprobar que se han cumplido las condiciones de rendimiento previamente establecidas. Un porcentaje relevante de la remuneración variable de los consejeros ejecutivos debe estar vinculada a la entrega de acciones o de instrumentos financieros referenciados a su valor, con unos límites preestablecidos para su transmisión. En el contrato con el consejero ejecutivo debe incluirse una cláusula que permita a la sociedad reclamar el reembolso de los componentes variables de la remuneración cuando el pago no haya estado ajustado a las condiciones de rendimiento o cuando se hayan abonado atendiendo a datos cuya inexactitud quede acreditada con posterioridad. Los pagos por resolución del contrato no superen un importe establecido equivalente a dos años de la retribución total anual y que no se abonen hasta que la sociedad haya podido comprobar que el consejero ha cumplido con los criterios de rendimiento previamente establecidos.

### **3.3 EL GOBIERNO CORPORATIVO EN LATINOAMÉRICA**

Hay que partir de un hecho innegable: el sistema de gobierno corporativo en la región es embrionario, pero está evolucionando con rapidez. Las prácticas están siendo introducidas por el capital institucional: más transparencia, integridad, y calidad de las informaciones. Se han creado institutos para el desarrollo del gobierno corporativo e instituciones de

mercado. Igualmente se han publicado Códigos de Buen Gobierno Corporativo en algunos países<sup>269</sup>

Al respecto, conviene destacar el gran aporte en la región el Código Andino de Gobierno Corporativo, y cómo la experiencia de gobernanza de los otros países, como Argentina, Chile, México y Brasil, ha permitido a Ecuador tener una visión más clara de lo que debe hacer y no hacer respecto a la buena gobernanza de las sociedades de capital, en especial de las no cotizadas.

### 3.3.1. Código Andino de Gobierno Corporativo

Los países latinoamericanos tienen como referente de buena gobernanza al Código Andino de Gobierno Corporativo, o llamado también los Lineamientos para un Código Andino para un Gobierno Corporativo (LCAGC)<sup>270</sup>.

Los lineamientos para un Código Andino para un Gobierno Corporativo (LCAGC), se crean en base a los principios establecidos por el White Paper propuesto por la OCDE, el *Combined Code* británico, el Informe de la Comisión Aldama español, y otros informes, códigos posteriores y leyes recientemente aprobadas en algunos países, así como, en el ámbito norteamericano, la Sarbanes-Oxley Act de 2002, así como gracias al estudio sobre la realidad jurídica y económica de los países andinos (Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia) y a la experiencia con la implementación de Códigos del Buen Gobierno Corporativo. A nivel de países de la Comunidad Andina de naciones, (CAN), se han analizado los principios y marco de referencia para la elaboración de un código de buen

<sup>269</sup> ALONSO, MARÍA DEL MAR, “Códigos de buen gobierno corporativo...”, op. Cit, pág. 58

<sup>270</sup> CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO, CAF. *Lineamientos para un Código Andino de gobierno Corporativo*, 2010. La CAF también ha elaborado manuales como: Manual de Gobierno Corporativo para empresas de capital Cerrado, 2010; Manual para el buen gobierno corporativo de las empresas del estado, 2010. Existen estudios relacionados con los precedentes y contenido de los Lineamientos: GEORGINA NUÑEZ, ANDRÉS ONETO Y GERMANO MENDES DE PAULA, *Gobernanza corporativa y desarrollo de mercados de capitales en América Latina*, Cepal, Bogotá, 2009, págs. 12-24; FUERTES TERÁN, E. El buen gobierno corporativo: su aplicabilidad en el derecho societario ecuatoriano, Quito, 2013, págs. 58-65; CASTILLA, L. El buen gobierno corporativo, Memoria del Seminario Internacional “Buen Gobierno Corporativo en la práctica, Quito, 29 de marzo de 2007, págs. 5-7; RIBADENEIRA, F. “Análisis del Proyecto de Código de Buen Gobierno Corporativo de la Corporación Andina de Fomento frente la Legislación Societaria Ecuatoriana”, Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2010, Tomo 2, Noviembre, págs. 339-394.



gobierno corporativo, elaborados por CONFECAMARAS-CIPE en Colombia en Agosto de 2002, y los Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas, publicados por la CONASEV en julio de 2002 y con la experiencia de las reuniones llevadas a cabo en Chile, en el 2009. Luego de diversas reuniones en otros países y de establecer la existencia de múltiples necesidades, se determinó en el año 2011 constituir “La red de institutos de Gobierno Corporativo de Latinoamérica” ( IGCLA) conformada por: Instituto Argentino para el Gobierno Corporativo, Instituto Brasileño de Gobernança Corporativa, la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, el Instituto de Gobierno Corporativo de Costa Rica, el Centro de Gobierno Corporativo y desarrollo de mercados de Chile, la Bolsa de Valores de Quito – Ecuador, el centro de excelencia de Gobierno Corporativo en México, el Instituto de Gobierno Corporativo en Panamá, la Agencia de Compañías Promotoras del Mercado de Capitales de Perú, y los representantes enviados por los gobiernos de Bolivia y El Salvador (IGCLA, 2011).

Los Lineamientos tienen como objetivo poner a consideración de las sociedades un conjunto de normas básicas que constituyen las bases para un buen Gobierno Corporativo, a modo de medidas concretas cuya aplicación, por parte de las sociedades, les permite alcanzar estándares exigentes de Gobierno Corporativo que las ponen a la par de las sociedades mercantiles de los países desarrollados. Los inversores, nacionales y extranjeros, podrán realizar su gestión del Gobierno Corporativo, sin ningún riesgo a penalidades internacionales. Es dinámico y puede enriquecerse con las sugerencias y recomendaciones de todos los sectores involucrados.

Los Lineamientos se desglosaban en 51 medidas concretas<sup>271</sup>, expuestas de forma sistemática y que presentan estándares internacionalmente de Gobierno Corporativo que

<sup>271</sup> La Corporación Andina de Fomento también propone un cuerpo normativo de Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo, pero con 43, incluyendo el eje de la Arquitectura del gobierno corporativo: “sistema integral que permita a la empresa contar con una estructura, políticas y procedimientos ejercidos por toda la empresa (desde el directorio, y la Alta gerencia, hasta los propios empleados), que provean una seguridad razonable en relación al logro de los objetivos de la empresa. de forma más concreta, y en línea con el tratamiento que sobre esta materia realiza COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Tradeway Commission), que establece las principales directivas para la implantación, gestión y control de un sistema de control Interno (cOSO I) y administración de riesgos (cOSO II)”: CORPORACIÓN ANDINA FOMENTO, CAN, Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo, 2013, pág. 98.

permiten lograr una gestión empresarial más transparente, eficiente y honesta, con un buen manejo del riesgo y más competitiva al servir de referencia para buena parte de las inversiones éticas. Además, profundiza sobre cada uno de los aspectos más críticos que afectan al Gobierno Corporativo en la actualidad. Las medidas constituyen, pues, un medio de reflexión acerca de las cuestiones más importantes que plantea el gobierno de las sociedades y sobre los beneficios que se derivan de su implementación.

En cuanto a los destinatarios, los Lineamientos abarcan cuatro grandes grupos de sociedades: 1) las “grandes compañías” o sociedades cotizadas con una amplia base accionarial (más de 50 accionistas); 2) las “empresas listadas”, o sociedades admitidas a cotización en una bolsa de valores; 3) las “sociedades anónimas y abiertas”; y, 4) las “sociedades cerradas”.

La decisión de los gobiernos de la CAN y sus sociedades de implementar los Lineamientos es libre y voluntaria; pero, una vez adoptadas, exige la reforma de los Estatutos de la sociedad y la aprobación de normas corporativas en forma de reglamentos internos que desarrollen mecanismos concretos de Gobierno Corporativo. La Asamblea General de Accionista debe establecer un tiempo razonable para su cumplimiento y asumir el alcance de las medidas, total o parcialmente aceptadas.

Las 51 medidas de los Lineamientos están agrupadas en cinco ejes de buena gobernanza: 1) derechos y trato equitativo de los accionistas; 2) la Asamblea General de Accionistas; 3) el Directorio; y, 4) la información financiera y no financiera; y, 5) la resolución de controversias.

**Derechos y trato equitativo de los accionistas.** “El reconocimiento de los derechos de los accionistas y los mecanismos para su ejercicio es uno de los temas más relevantes desde la perspectiva de gobierno corporativo, ya que éstos, independientemente de que sean controladores, significativos o minoritarios, son los verdaderos dueños de la empresa y quienes aportan el capital para el ejercicio de su actividad” (pág. 24). Por tanto, los estatutos deben reconocer los derechos de los accionistas ligados a la propiedad de las acciones, lo que les faculta para influir en la sociedad a través de su participación y voto, recibir,

reclamar y obtener información, participar en los beneficios de la sociedad o responder por sus pérdidas.

Al respecto, se recomienda lo siguiente: Los Estatutos Sociales recogerán el principio de una acción un voto, salvo las acciones privilegiadas sin voto (Medida 1); Las propuestas referidas a operaciones societarias como ampliaciones de capital, escisiones, fusiones u otras, que pudieran afectar negativamente al derecho de no dilución de los accionistas, deberá estar necesariamente respaldadas por una opinión independiente emitida por un asesor externo de reconocida experiencia y solvencia profesional designado preferiblemente por los directores externos independientes. (Medida 2); Las sociedades tendrán que implementar mecanismos permanentes de comunicación con los inversores y accionistas, a través de los cuales éstos puedan requerir información, salvo la confidencial o irrelevante, plantear cuestiones de interés corporativo o asociadas a su condición de accionistas, más allá de la información a proveer con ocasión de la Asamblea General de Accionistas, y cuya respuesta será difundida al mercado, no privilegiando al accionista solicitante respecto a los demás. (Medida 3); Las grandes compañías y las empresas listadas con amplia difusión de su accionariado deberán contar con una página Web corporativa, que actúe como mecanismo de participación e información para con los accionistas y los mercados. Las compañías no listadas deberán mantener una comunicación fluida con sus accionistas, para lo cual deberán tener identificado al conjunto de su accionariado. (Medida 4)

De otro lado, las sociedades deben garantizar el derecho de todos los accionistas a conocer los quórum para la constitución de la Asamblea General de Accionistas, el régimen de adopción de acuerdos sociales y la posible exigencia de quórum reforzado para aquéllas operaciones que afecten de manera significativa a los derechos de los minoritarios, así como las limitaciones al derecho de asistencia. (Medida 5); El régimen de transmisión de las acciones deberá ser público en todo caso. Para las compañías no cotizadas, se deberá prever el derecho de co-venta (*tag along*) de los accionistas minoritarios en el caso de operaciones que supongan el cambio de control de la sociedad. Para el resto de compañías, se deberá eliminar cualquier mecanismo que pueda considerarse como un blindaje anti-OPA. (Medida 6).

**Asamblea General de Accionistas.** “La Asamblea general de Accionistas es el órgano supremo y soberano de una sociedad. En ella se reúnen los accionistas, que de forma colegiada, es decir, constituidos en Asamblea General de Accionistas, ejercen las competencias que corresponden a la Asamblea, muchas de ellas recogidas en la ley y, en muchas ocasiones, ampliadas en los propios Estatutos Sociales. Sin embargo, y en línea con los tres niveles de Propiedad, Administración y Gestión, se podría sostener que competencia verdaderamente clave de la Asamblea general de Accionistas es la del control efectivo de la marcha de la sociedad, y por consiguiente de la actuación del directorio, por parte de los accionistas” (pág. 32). Y es que amuchas veces la Asamblea no pasa de ser un espacio de formalismo y poca agilidad, y más aún cuando se trata de sociedades listadas en el mercado público de valores, con gran cantidad de inversores individuales.

En base a estas consideraciones, se recomienda: Los Estatutos de las sociedades deben reconocer a la Asamblea General de Accionistas su condición de órgano supremo, definiendo con claridad sus funciones indelegables, entre las que no se pueden omitir, el nombramiento de los auditores o la aprobación de la política de retribución de los directores (Medida 7); Las grandes compañías, las empresas listadas y las anónimas y abiertas con una gran base accionarial, deberán tener un Reglamento de Régimen Interno de Organización y Funcionamiento de la Asamblea General de Accionistas, de carácter vinculante, y cuya trasgresión acarree responsabilidad (Medida 8), Las sociedades determinarán estatutariamente el derecho de los accionistas que representen una participación significativa del capital social a promover la convocatoria de una Asamblea General de Accionistas, que deberá celebrarse en un plazo razonable y respetando íntegramente la Agenda propuesta por los promotores. Asimismo, los estatutos deben reconocer el derecho de cualquier accionista a introducir puntos a debatir, dentro de un límite razonable, en la agenda de las Asambleas Generales de Accionistas. (Medida 9).

Además, los Estatutos fijarán el plazo, los medios de convocatoria, el contenido mínimo del anuncio, así como la obligatoriedad de detallar los puntos contenidos en la agenda y de este modo evitar menciones genéricas, de modo que se facilite al máximo la asistencia del mayor número de accionistas y la comprensión de todos los asuntos contenidos en la agenda (Medida 10); La compañía debe establecer los medios para facilitar el ejercicio del derecho

de información de todos los accionistas con carácter previo a la celebración de la Asamblea y durante el desarrollo de la misma, teniendo siempre en consideración que la información debe ser completa, correcta y transmitida a todos los accionistas por igual y con tiempo suficiente para su análisis. (Medida 11).

Las sociedades que deban mantener página Web promoverán y ofrecerán a los inversores institucionales y a los accionistas con una participación significativa la posibilidad de hacer pública su política de participación en la Asamblea General de Accionistas, así como el sentido de su voto en relación con cada uno de los puntos de la Agenda (Medida 12); las sociedades, a través de los Estatutos y/o el reglamento de la Asamblea, implementarán los procedimientos necesarios para promover la participación activa de los accionistas en la Asamblea General (Medida 13).

Es necesario que se fomente la utilización de medios electrónicos, tanto para la convocatoria de las Asambleas como para la emisión del voto a distancia de los accionistas sobre los puntos de la agenda (Medida 14); los Estatutos deberán prever la facultad de los accionistas de solicitar el cese o ejercicio de acciones de responsabilidad contra los miembros del Directorio en cualquier momento de la celebración de la Asamblea, aunque no estuviese incluido previamente en la agenda de la misma. (Medida 15)

Conviene promover la participación de los accionistas en la Asamblea General, y, para ello, las sociedades admitirán la agrupación de accionistas y limitarán al máximo la delegación de voto a favor del Directorio, sus miembros, y miembros de la alta dirección. El administrador que obtenga la representación no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a las acciones representadas en aquellos puntos de la Agenda en los que se encuentre en conflicto de intereses (Medida 16); con el objeto de limitar por parte de los accionistas las delegaciones en blanco, las sociedades promoverán entre sus accionistas el uso de mecanismos transparentes de delegación del voto, de tal forma que el modelo de solicitud de delegación deberá incluir, al menos, la Agenda de la Asamblea General de Accionistas y requerirá al accionista que incluya el sentido de su voto para cada punto de la Agenda indicándole el sentido en que votara el representante en caso de que no se impartan instrucciones precisas. (Medida 17).

Por último, debe fomentarse y facilitar la asistencia a la Asamblea General de Accionistas de todos aquellos ejecutivos o asesores externos que con su presencia y explicaciones a los accionistas contribuyan a facilitar la comprensión y clarificación de los temas a tratar (Medida 18).

**Directorio.** “El directorio es el órgano de administración clave en cualquier empresa, con amplias responsabilidades para el ejercicio de las funciones de orientación estratégica, supervisión, control de la gestión ordinaria y administración o disposición, esta última normalmente delegada en la Alta gerencia. La idoneidad del directorio como órgano de administración frente a otras alternativas se basa en su carácter de órgano colegiado, en la dinámica de sus sesiones, así como a que es el órgano que mejor puede representar la estructura de capital en la administración societaria” (pág. 46). Debido a su importancia, se precisa establecer con claridad su composición, estructura, conformación, nombramiento y cese de sus miembros, sus funciones, derechos y deberes, dinámicas y capacidades, con el fin de que las empresas de la CAN poseen directorios activos, comprometidos con el desarrollo de la sociedad mercantil.

Así pues, los Lineamientos recomiendan lo siguiente: Las sociedades, cualquiera que fuera su tipo societario, deben tener un Directorio con un número de miembros que sea suficiente para el adecuado desempeño de sus funciones. (Medida 19); éste debe velar por la integridad de los sistemas de contabilidad, el establecimiento de sistemas de control de riesgos y, en particular, las operaciones off-shore. (Medida 21); lo pueden integrar directores internos y externos, que podrán ser independientes o no independientes. En el nombramiento de los directores se tratará de reflejar al máximo la estructura accionarial de la sociedad. El Directorio podrá estar formado en su totalidad por directores externos, que salvo para las empresas cerradas, serán siempre una amplia mayoría. (Medida 24); deben elegirse por un procedimiento formal y transparente, definido por el Reglamento de Régimen Interno de Organización y Funcionamiento del Directorio, correspondiendo a la Comisión de Nombramientos y Retribuciones la propuesta inicial de los candidatos, que deberá verificar los requisitos de elegibilidad de los mismos, de tal forma que los accionistas tengan pleno conocimiento del perfil de los candidatos (Medida 25).

El Directorio debe nombrar un secretario que velará por la legalidad formal, material y estatutaria de las actuaciones del Directorio y la observancia de los principios de buen gobierno. (Medida 37); debe ser convocado periódicamente y siempre que lo requieran los intereses de la sociedad a instancia del presidente, del vicepresidente, o de más de un director. (Medida 39); conformará en su seno comisiones para ejercer ciertas funciones y en particular, la de auditoría y la de nombramientos y retribuciones, constituidas exclusivamente por directores externos. No obstante lo anterior, el Directorio asignará competencias por áreas a cada uno de los directores, que serán responsables de su seguimiento y control. (Medida 40); es su obligación evaluar con una periodicidad al menos anual el cumplimiento por su presidente, vicepresidente, secretario y las comisiones delegadas que se hayan constituido, de sus funciones y las medidas reconocidas en este Código así como otras recomendaciones que puedan adoptarse de Gobierno Corporativo. (Medida 42).

Los Estatutos deben fijar las funciones de supervisión, evaluación y estrategia del Directorio, que serán indelegables. (Medida 20); determinarán el número mínimo y máximo de miembros del Directorio que permita una eficaz administración y gobierno de la compañía, y promoverán la participación activa de los directores externos no independientes) que representen a los accionistas significativos. (Medida 23); deben contar con un Reglamento de Régimen Interno de Organización y Funcionamiento del Directorio, de carácter vinculante para sus miembros y cuya trasgresión acarree su responsabilidad. (Medida 22); deben establecer las causales por las que se pueda cesar a los directores así como su obligación de dimitir inmediatamente cuando dejen de cumplir las condiciones para su designación o puedan causar un daño al prestigio o buen nombre de la compañía. (Medida 27); deben prever el manejo de las situaciones de conflicto de interés incluyendo la obligación de los directores afectados de ausentarse o inhibirse en las deliberaciones y en las votaciones sobre este tipo de situaciones u operaciones asociadas a estas. (Medida 30); recogerán las reglas para la fijación y transparencia de la retribución de los directores.

La Asamblea General de Accionistas fijará la política de retribución, siempre previa propuesta razonada del Directorio, que, como norma general, deberá contemplar mecanismos mixtos, vinculando una parte de la retribución a componentes variables en

función del desempeño empresarial. La Comisión de Nombramientos y Retribuciones fijará la retribución concreta de cada director. (Medida 32); fijarán las funciones y competencias del ejecutivo principal, que podrá ser director, y en todo caso, estará sujeto a su mismo régimen de responsabilidad. (Medida 34); deben prever que los derechos y deberes aplicables a la alta gerencia sean similares a los previstos para el Directorio y el ejecutivo principal, aunque con un alcance más limitado. En todo caso, el deber de lealtad deberá ser siempre exigible a la alta gerencia. (Medida 38)

En cuanto a los presidentes del directorio: debe ser elegido ser elegido, al igual que el vicepresidente, de entre los miembros externos del Directorio y sus funciones y responsabilidades estarán fijadas con detalle en los Estatutos Sociales y el Reglamento de Régimen Interno de Organización y Funcionamiento del Directorio. (Medida 35); el presidente del Directorio, que no deberá coincidir con la figura del ejecutivo principal, no podrá tener voto dirimente, salvo que excepcionalmente fuera imprescindible para formar la mayoría en caso de vacante en el Directorio, siempre y cuando no existan directores suplentes. (Medida 36)

Los directores tendrán que declarar todas las relaciones, directas o indirectas, que mantengan entre ellos, con la sociedad, con proveedores, clientes o cualquier otro grupo de interés de las que pudieran derivarse situaciones de conflicto de interés o influir en la dirección de su opinión o voto (Medida 29); las operaciones con partes vinculadas deberán ser autorizadas por el Directorio, con informe y propuesta de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, o en su defecto del 96 director externo independiente, con una mayoría cualificada de, al menos, las tres cuartas partes de los miembros del Directorio y deberán ser publicitadas. (Medida 41); la retribución de los directores será transparente. El informe anual de Gobierno Corporativo incluirá la información de la remuneración por todos los conceptos, incluyendo todo tipo de asunción de gastos y prestaciones en especie, percibida por el conjunto de directores, de manera tal que no pueda existir ningún otro tipo de retribución distinta de la publicada en el informe anual de Gobierno Corporativo. (Medida 33).

Se debe reconocer expresamente el derecho de información del director, tanto en cualquier momento para el correcto ejercicio de sus funciones, como el de recibir con antelación



suficiente la información concreta de los asuntos a tratar en las reuniones del Directorio. (Medida 31).

Respecto a los directores independientes, la sociedad únicamente puede designar a aquellas personas que cumplan con los requisitos de trayectoria profesional, honorabilidad, y absoluta desvinculación con la compañía o su personal, y promoverá su carácter independiente mediante declaración pública suscrita tanto por el propio director designado como por el Directorio en relación a su independencia. (Medida 26).

El alcance de los deberes de diligencia, lealtad, no competencia y secreto, así como los derechos de uso de los activos sociales, información y auxilio de expertos, internos o externos, quedarán recogidos en los Estatutos Sociales. (Medida 28).

**Información financiera y no financiera.** “El Directorio deberá formular los estados financieros mediante la adecuada utilización de los principios contables contenidos en las normas internacionales de información financiera (NIIF) y contabilidad (NIC) o los aplicables con carácter general en el país de domicilio de la empresa” (pág. 76). De hecho, los estatutos deben establecer que la sociedad contará con un departamento de auditoría interna, fijar normas reglas claras para el control y formulación de las cuentas y vigilar las situaciones que se consideren un riesgo; deben contener las normas, plazos y prórrogas para la contratación del auditor externo y contemplar la opción de rotar al socio responsable y a los equipos de trabajo de la firma auditora o por rotar a la misma. (Medida 47).

Por ello, los riesgos asumidos por la compañía deben ser identificados sobre la base de criterios de prudencia (Medida 43); la Asamblea General de Accionistas nombrará al auditor externo independiente a propuesta del Directorio previa recomendación del Comité de Auditoría, que no podrá proponer auditores que hayan sido objeto de inhabilitación o cualquier otro tipo de sanción. (Medida 44); el auditor solamente debe dedicarse a los servicios de auditoría y a ningún otra función. (Medida 45).

El Directorio informará a la Asamblea de la remuneración del auditor externo por todos los conceptos y del porcentaje que dicha remuneración supone respecto a la facturación total de éste. (Medida 48); Anualmente, debe aprobar y publicar un informe de Gobierno Corporativo que deberá incluir el grado de cumplimiento de estas medidas, así como, entre

otros, el detalle de la información corporativa y la información sobre las partes vinculadas y conflictos de interés. (Medida 50).

En el caso de grupos consolidables, el auditor externo deberá ser el mismo para todo el grupo incluidas las filiales off shore. (Medida 46); los pactos entre accionistas de sociedades cotizadas, que afecten a la libre transmisibilidad de las acciones o al derecho de voto en las asambleas, habrán de ser comunicados con carácter inmediato a la propia sociedad y al mercado. (Medida 49).

**Resolución de controversias.** “La inexistencia de mecanismos ágiles para resolver conflictos internos en el seno de una compañía representa en general una preocupación, tanto para los accionistas como para una serie de grupos de interés (proveedores, clientes, entidades financieras, etc.), que prefieren relacionarse con una determinada empresa en la que la resolución ágil de este tipo de conflictos contribuya a su estabilidad” (pág. 84). Por ello, el arbitraje es una alternativa excelente de administración de justicia, aunque a veces es lenta e ineficaz. Los países de la CAN deben implementar este tipo de solución pacífica de los problemas.

Así pues, los Estatutos incluirán una cláusula compromisoria que establezca que cualquier disputa, salvo aquéllas reservadas legalmente a la justicia ordinaria, entre accionistas relativa a la sociedad, entre accionistas y el Directorio, la impugnación de acuerdos de la Asamblea y el Directorio, y la exigencia de responsabilidad a los directores deberán someterse a un arbitraje ante una institución local independiente supervisora. (Medida 51). Los Lineamiento proponen, la creación de un Tribunal de Derecho Societario, bajo la dirección del ente de control.

### **3.3.2 Gobierno Corporativo en Argentina**

En Argentina<sup>272</sup>, el gobierno corporativo empezó a tratarse como tema urgente a los principios del siglo XXI a causa de la problemática de la apertura al mercado de capitales.

<sup>272</sup> Para un estudio más profundo del gobierno corporativo en la Argentina: SANTOLÍQUIDO, D., BRIOZZO, A. Y ALBANESE, D. “Gobierno corporativo, rentabilidad y financiamiento en PYMES”, XXXIV Jornadas Nacionales de Administración Financiera, Valle Hermoso, Córdoba, Argentina, 2014, págs. 256- 292; BRIOZZO, A., ALBANESE, D., ARGANARAZ, A., SANTOLÍQUIDO, D. Y BARCO, E. “Relevancia del gobierno corporativo para las finanzas. Análisis de la normativa vigente”, XXXV Jornadas Nacionales de Administración Financiera, 2015,

La normativa de gobierno corporativo se encuentra fundamentalmente en el decreto 677/2001, Decreto 516/2007 y Resolución General No. 606/2012. El órgano encargado de la política societaria y buena gobernanza es la Corporación Nacional de Valores (CNV).

Mediante el decreto ejecutivo 677/2001<sup>273</sup>, se implementó el “Régimen de Transparencia de la Oferta Pública”, como primera aproximación a los principios de Gobierno Corporativo y la adopción de sus buenas prácticas de gobierno corporativo relacionadas con: deberes y responsabilidades de los Administradores, información financiera, flexibilización de normas sobre aumento de capital, Esos y recompra de acciones, oferta de canje, derecho al voto, solicitud pública de poderes, funcionamiento de órganos sociales y competencia de la asamblea, remuneración de directores y contratos con partes relacionadas. En el 2002, la CNV reglamentó dicho régimen, adoptándose medidas como: Creación de Comités de Auditoría con mayoría independiente. (Medida que queda implantada recién en 2004 y se pone en vigencia el contralor de dicho comité sobre la designación y funcionamiento de las auditorías externas y sobre las situaciones de conflicto de intereses y operaciones entre partes relacionadas, etc.); medidas de protección a los derechos de información; asistencia y voto en asambleas de todos los accionistas; responsabilidades de los directores; conflictos de interés, relaciones con partes interesadas, información privilegiada, etc. De otro lado, se crea el Instituto Argentino para el Gobierno de las Organizaciones (IAGO), con el propósito de “difundir los principios del buen gobierno corporativo “y emitir certificación de capacitación en materia de buen gobierno corporativo, replicando un poco lo que hizo el Instituto Brasileño de Gobernanza Corporativa (IBGC).

En el 2007 se emite la Resolución No. 516/07<sup>274</sup> de la CNV, se crea el Código de Gobierno Societario, con el fin de establecer buenas prácticas de gobierno corporativo, acorde con

págs. 27-43; BRIANO TURRENT, G. D. C. “Factores que inciden en una Mayor Transparencia de Gobernanza Corporativa en Empresas Cotizadas Latinoamericanas”, *Revista Mexicana de Economía y Finanzas*, 9 (2), 2014, págs. 105-124.

<sup>273</sup> Decreto Ejecutivo No. 677/2001 del 22 de mayo de 2001, “Régimen de Transparencia de la Oferta Pública”, República de Argentina.

<sup>274</sup> Corporación Nacional de Valores, Resolución No. No. 516/07, del 11 de octubre del 2007, *Código de Gobierno Societario*, República de la Argentina.

las nuevas exigencias globales. Los puntos principales que desarrolla el Código, en relación a buena gobernanza, son<sup>275</sup>: 1) Funciones del Directorio: Definir la estrategia general, planes de acción, políticas de riesgo y objetivos de desempeño; como así también monitorear su implementación. Monitorear el desempeño de la gerencia y el logro de sus objetivos, como así también evaluarlos anualmente; 2) Independencia de los Directores: Inclusión de directores independientes y que éstos tiendan a ser mayoría en casos de sociedades con capital más atomizado. Cuando el Presidente del Directorio no sea independiente, el Directorio debe designar un líder independiente; 3) Relación con accionistas: Fluida comunicación del Directorio con todos los accionistas (controlantes y minoritarios), proveyéndolos en forma íntegra e imparcial con toda la información relevante sobre la sociedad y su funcionamiento. Igualdad de tratamiento, posibilitando el pleno ejercicio de los derechos societarios; 4) Relación con la comunidad: Asegurar canales masivos de información y retroalimentación a/de todos los interesados (accionistas y otros grupos de interés), sobre aspectos pertinentes de la organización y su funcionamiento (por ej. una página web); 5) Comité de Auditoría: Designado por el Directorio, conformado por directores en su mayoría independientes, con responsabilidad de supervisar la integridad y exactitud de los estados contables; el cumplimiento de normas y regulaciones; la idoneidad del auditor externo; el desempeño de la función de auditoría interna; el funcionamiento del sistema de control interno y gestión de riesgos; 6) Comité de Remuneraciones: El Directorio debe pronunciarse expresamente sobre lo adecuado o inadecuado de contar con un Comité de Remuneraciones compuesto por directores no ejecutivos, que se ocupe de establecer políticas de remuneración de los directores, administrar el sistema de opciones de compra de acciones, informar las pautas para determinar los planes de retiro de los directores y gerentes de primera línea de la sociedad. El Comité deberá contar con al menos tres directores y tener mayoría independiente; 7) Comité de Nombramientos y Gobierno Societario: Este comité debe fijar las normas y procedimientos inherentes a la selección de directores y ejecutivos claves. Proponer los criterios para evaluar el desempeño del *top management*. Determinar las normas de gobierno societario de la compañía y supervisar su funcionamiento.

<sup>275</sup> BARCO, ELIANA, “Análisis de la aplicación del Código de Gobierno Societario en la Argentina”, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2017, págs. 37-38.

El Ejecutivo, a través de la CNV, ha realizado reformas al Código, como la del 2012<sup>276</sup>, relacionada con la transparencia de cómo debe manejarse la información entre emisoras y usuarios, el papel que cumple la CNV en la interpretación y procesamiento de la información, evitar la duplicidad de la misma; y la de 2019, mediante Resolución General No. 797/2019<sup>277</sup>, orientadas a facilitar la inversión extranjera en las pequeñas y medianas empresas, las cuales estarán exentas de presentar un reporte anual de sus actividades. Sin embargo, las grandes empresas están obligadas a presentar anualmente un reporte anual de su política ambiental o de sostenibilidad. Y justificar si aplican a no a su negocio las estipulaciones del Código de Gobierno Societario.

Los pasos que ha dado la Argentina para integrarse al concierto mundial del gobierno corporativo son significativos. En el 2005, la Corporación Financiera Internacional (IFC) y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) crearon el Círculo de Empresas, a insistencia de la Mesa Redonda Latinoamericana de Gobierno Corporativo. Con la experiencia de este Foro, Argentina acogió algunas de las propuestas para sus respectivas empresas, como: Fomentar un buen gobierno corporativo en la región a través de una mejor comprensión del gobierno corporativo y prestar asistencia para el desarrollo de respuestas de políticas; fomentar un diálogo continuo sobre experiencias entre los sectores privado y público; monitorear y evaluar el avance del gobierno corporativo en la región; identificar la demanda de asistencia técnica y fomentar la creación de oferta para responder a dicha demanda; informar a la comunidad internacional acerca de las iniciativas nacionales y regionales de reforma. De otro lado, abril del 2016, el Gobierno de la República Argentina presentó formalmente ante el Consejo de Embajadores de la organización el 'Plan de Acción Argentina y OCDE 2016-2017, con el objetivo de reafirmar la voluntad del país de acceder a la misma en carácter de miembro participante. Este plan está compuesto por un conjunto de 16 políticas públicas organizadas en tres ejes de trabajo:

<sup>276</sup> Corporación Nacional de Valores, Resolución General No. 606/2012, del 23 de mayo del 2012, *Código de Gobierno Societario*, República de la Argentina.

<sup>277</sup> Corporación Nacional de Valores, Resolución General No. 797/2019, del 14 de junio del 2019, República de la Argentina. La reforma forma adaptar la normativa de gobierno societario de acuerdo a las exigencias del grupo G20

incrementar la presencia en los Comités Técnicos de la OCDE, adoptar los instrumentos clave del organismo y desarrollar distintos estudios técnicos sobre políticas públicas prioritarias. Además, el documento proporcionó los medios para incrementar el fuerte compromiso de Argentina con el G20, reunido en el 2018. En mayo de 2016 y febrero de 2017, el país presentó dos cartas al Secretario General del organismo, Ángel Gurría, como expresión de compromiso del país con la OCDE.

### **3.3.3 Gobierno Corporativo en Colombia**

El sistema de Gobierno Corporativo colombiano arranca con la puesta en marcha de la Ley 275/2001<sup>278</sup>, en base a los principios de gobierno corporativo de la OCDE, y aplicando las normas expresas del Código de Comercio vigente. Los organismos de control son: la Superintendencia Financiera o de Valores y la Superintendencia de Sociedades<sup>279</sup>. En general, la Ley promueve la consecución de la competitividad, sostenibilidad y profundización del mercado accionario con base en los principios de la OCDE. Los códigos de las empresas eran deficientes en cuanto a la protección del inversionista, el papel de las juntas directivas y la transparencia en la información. La adopción de prácticas de buen gobierno ha sido lenta, pero existe la preocupación de las empresas privadas del sector financiero por adoptar dichas prácticas. El 60% de las organizaciones no han efectuado modificaciones al código desde su puesta en marcha.<sup>280</sup>

<sup>278</sup> SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, Resolución 275/2001, del 23 de mayo de 2001. La Ley consta de 12 artículos; CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, Decreto No. 410, del 23 de marzo de 1971. Los artículos 13, 58, 60, 61, 64 y 333 de la Constitución Política de 1991 instauran mecanismos para la protección del inversionista. Las normas expedidas por la Superintendencia de Valores que están relacionadas con gobierno corporativo son: Resolución 0157 del 15 de marzo de 2002: trata el tema de las conductas contrarias a los sanos usos y prácticas del mercado de valores; Resolución 1116 de febrero 27 de 2000: habla sobre las normas para la representación de los accionistas; Resolución número 0932 de diciembre 21 de 2001: incluye lo relacionado con la información; Resolución 275 del 23 de mayo de 2001: se refiere a la posibilidad de acceder a los recursos de los fondos de pensiones.

<sup>279</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, “Documentos”, 2009: <http://www.supersociedades.gov.co/web/documentos/guia%20colombiana%20de%20gobierno%20corporativo.pdf>. (15 de Marzo de 2010); SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, “Código de mejores prácticas corporativas– Colombia”, [http://www.gobiernocorporativo.com.co/documentos/codigo\\_pais.pdf](http://www.gobiernocorporativo.com.co/documentos/codigo_pais.pdf). Bogotá. (15 de Abril de 2009).

<sup>280</sup> Para profundizar el tema del gobierno corporativo en Colombia: AGUDELO DE BEDOUT, S. “Responsabilidad social empresarial, una mirada desde Colombia”, Revista de Negocios Internacionales, 2009, 2(1), pp. 3-11; CORTÉS, D. L. Y ARENAS, C. E. V. “Medición de la aplicación de prácticas de gobierno corporativo en Colombia”, Tendencias, 2011, 12 (2), págs. 230-253; GORBANEFF, Y. y CARDONA, J. F.

Con el fin de implementar los principios de buena gobernanza, entre octubre de 2005 y diciembre de 2006, se crea el proyecto Código País, que da como origen al Código País de Mejores Prácticas Corporativas de 2007, que tiene como fines profundizar el mercado de capitales, contribuir a la confianza de los inversionistas y estar a la altura de los estándares internacionales. En ese sentido, se busca establecer lineamientos, políticas y exigencias para un código de buen gobierno. Fue una iniciativa de la Superintendencia Financiera de Colombia con la participación de los gremios y agentes nacionales más importantes: Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia (ASOBANCARIA); Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías (ASOFONDOS); Asociación de Fiduciarias (ASOFIDUCIARIAS); Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI); Bolsa de Valores de Colombia (BVC); Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (CONFECÁMARAS); Federación de Aseguradores de Colombia (FASECOLDA).

En la Ley 275/2001, así como en el Código de Comercio y demás normativa vigente colombiana, encontramos los siguientes principios de gobierno corporativo:

**Garantía de un marco eficaz para el gobierno corporativo.** Las sociedades se crean con la condición de adoptar prácticas de gobierno corporativo.

**Los Derechos de los accionistas y funciones.** En el marco de la autorregulación, se prioriza la desconcentración accionaria, lo que implica una obligación e intención de la reforma de los estatutos para precautelar los derechos de los accionistas. Este principio también está regulado en las resoluciones 72 de 2001, sobre el trato equitativo de los accionistas, y 157 de 2002, que protege los derechos de los accionistas. En el Código de Comercio se pueden encontrar varios artículos que regulan este principio: Aumento o reposición de aporte del socio (Art. 123); aporte en especie (Art. 126); solidaridad por avalúo de aportes en especie (Art. 135); aportes de industria o trabajo que no son parte del capital social (Art. 137); aportes de industria o trabajo personal con participación de

“El concepto de incentivo en administración. Una revisión de la literatura”, Revista de Economía Institucional, 2009, 11(21), pp. 73-91; LEFORT, F. “Gobierno corporativo: ¿Qué es? y ¿cómo andamos por casa?”, Cuadernos de Economía, 2003, 120, pp. 207-237; VELEZ, F. Aproximaciones al Gobierno Corporativo en Colombia: incursión y desarrollos actuales, Criterio Jurídico, Volumen 7, págs. 376-402.

utilidades (Art. 138); distribución de utilidades socios (Art. 150); cobro de utilidades debidas a los socios (Art. 156); mecanismos de reforma en sociedades por cuotas o partes de interés (Art. 161); representación del socio en asamblea o junta de socios (Art. 184); el derecho al voto (Art. 380); tratamiento a las utilidades como mecanismo de protección a los socios (Arts. 150 y 155). En la Constitución Política de Colombia se trata el tema del riesgo de expropiación. Por su parte, el Código de Comercio habla sobre lo relacionado con las convocatorias a las reuniones. Y por otra parte, la Superintendencia de Sociedades ha establecido lo que tiene que ver con la flexibilidad de la representación en las reuniones. La ley 222 de 1995 determina los acuerdos entre accionistas.

**Tratamiento equitativo de los accionistas.** Este principio se refrenda en la resolución 072 de 2001 buscando promover el trato equitativo del accionista. El Código de Comercio (Art. 155) se regula este principio estipulando la mayoría para la aprobación de distribución de utilidades.

**El papel de las partes interesadas en el ámbito del gobierno corporativo.** Las empresas deben garantizar la protección a los grupos de interés. En este sentido, el Código de Comercio se refiere a la reserva social accionaria (Art. 154), y a la prueba de la reforma de la sociedad (Art. 166). De su parte, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, regula las juntas directivas de los fondos de pensiones y cesantías en cuanto a número de miembros y características de los mismos (Art. 73). La ley 222 de 1995 legisla sobre deberes y responsabilidades de los administradores. La protección se los acreedores se realiza mediante la aplicación de mecanismos de publicidad, supervisados por dos entes reguladores: la Superintendencia de Sociedades y la Oficina del Trabajo<sup>281</sup>. Ley 550 de 1999 o Ley de reestructuración empresarial contempla prelación de créditos y caracteriza cinco tipos de acreedores que el Código de Comercio presenta asignándoles un orden de prioridad

**Divulgación de datos y transparencia.** Se establecen los requisitos de divulgación de los mecanismos de gobierno de los emisores al determinar el régimen de revelación mínima y cuando plantea la publicidad de los códigos de buen gobierno. Respecto al tratamiento de

<sup>281</sup>Superintendencia de Sociedades. (2009). “Documentos”, <http://www.supersociedades.gov.co/web/documentos/guia%20colombiana%20de%20gobierno%20corporativo.pdf>. (15 de Marzo de 2010)



las mayorías, en lo que tiene que ver con la información transparente y oportuna y con respecto al derecho de inspección, la normativa se encuentra en el Código de Comercio (Arts. 314, 328, 339 y 422).

**Las responsabilidades del Consejo.** Este principio de la OCDE está regulado en la legislación colombiana por medio de la resolución 116/2002 y en varias partes del Código de Comercio: Control y administración de negocios sociales (Art. 153); responsabilidad de los administradores (Art. 200); responsabilidad del revisor fiscal (Art. 201); reserva del revisor fiscal en el ejercicio de su cargo (Art. 214). La ley 964 de 2005 fortalece las normatividades en materia de gobierno corporativo en relación con las juntas directivas de sociedades de mercado de valores, estableciendo un mínimo de cinco miembros y un máximo de 10 principales, exigiendo que al menos el 25% de ellos sean independientes al igual que sus suplentes e implementando el comité de auditoría con el fin de garantizar el cumplimiento y la gestión integral del negocio.

Colombia cuenta con unos lineamientos, bajo el acápite “Guía colombiana de Gobierno Corporativo para sociedades cerradas y de familia”<sup>282</sup>, que permiten disminuir o eliminar irregularidades por parte de los organismos vigilantes (Superintendencia de Sociedades, la Cámara de Comercio de Bogotá, CONFECÁMARAS).

Aún persiste en el país debilidades de gobernanza en relación a la protección al inversionista, la responsabilidad de las juntas directivas permanece, trato equitativo del accionista, funcionamiento de las juntas directivas, revelación de información. El dato se obtuvo en base a una encuesta realizada a 88 empresas en el 2002 por MacKinsey & Company y la Red Colombia Compite, y en el 2007, a 57 empresas, por la compañía Langebaek & Ortiz<sup>283</sup>

<sup>282</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, *Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia*, 2009.

<sup>283</sup> MACKINSEY & COMPANY ET AL. “Prácticas de Gobierno Corporativo en las Sociedades Colombianas”, 2002; LANGEBAEK, A. & J. E. ORTIZ. “Q de Tobin y gobierno corporativo de las empresas listadas en bolsa”, Borradores de Economía, 2007, No. 447.

### 3.3.4 Gobierno Corporativo del Perú

Perú, a principios del siglo XXI, siguió la tendencia de los demás países latinoamericanos, de implementar directrices para una buena gobernanza de sus sociedades mercantiles. En julio de 2002 se emitió el documento “Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas”, inspirado en los Principios para el Gobierno de las Sociedades emitidos por la OCDE, emite la Resolución No. 096-2003-F/94-11, de noviembre 2003, en la que se establecen normas para determinar el contenido informativo y requerimiento de nueva información. Un año después, la Comisión Nacional Supervisora de empresas y Valores (CONASEV), El 23 de febrero del 2012, con financiamiento de la CAF, se crea el “Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas”<sup>284</sup>. Los organismos de control en asuntos de sociedades y gobierno corporativo son la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS).

El Código es el resultado del trabajo de catorce instituciones públicas y privadas del Perú, que integraron el Comité de Actualización de los Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas<sup>285</sup>; la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), que lo presidió; la Asociación de Empresas Promotoras del Mercado de Capitales (PROCAPITALES), quien actuó como Secretaría Técnica; el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF); la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS); el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE); la Bolsa de Valores de Lima S.A. (BVL); Institución de Compensación y Liquidación de Valores (CAVALI S.A); la Asociación de Sociedades

<sup>284</sup> Aprobado mediante el Acuerdo N° 002-2013/003-FONAFE, de fecha 08 de marzo de 2013. Aunque el país no cuenta con un código que aborde específicamente aspectos de Gobierno Corporativo que sean aplicables a todas las entidades financieras, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702), establece obligaciones a sus supervisadas en términos del cumplimiento de prácticas de buen Gobierno Corporativo.

<sup>285</sup> Para una mayor información al respecto: MONTOYA ALBERT, HERNANDO. “Las prácticas del Buen gobierno en las sociedades”, *Ius Et Praxis*, No. 34, Enero-Diciembre, Lima- Perú, 2003, págs. 117-124; PAYET, JOSÉ ANTONIO. “Empresa, Gobierno Corporativo I Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías”, *Themis*, N° 46, Lima-Perú, 2003, págs. 103-110; MONTOYA ALBERT, HERNANDO. “Las prácticas del buen gobierno en las sociedades”, *Ius Et Praxis*, N° 34, Enero-Diciembre de 2003, Lima-Perú, págs. 116-128; CONASEV. “Situación de las empresas que participan en el Mercado Público de Valores”, *Revista Valores* N° 047, agosto de 2006, Lima-Perú, págs. 18-25.

Agentes de Bolsa del Perú; la Asociación de Bancos (ASBANC); el Comité de Fondos Mutuos de ASBANC; la Asociación de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AAFP); la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP); el Instituto Peruano de Auditores Independientes (IPAI); y Mercados de Capitales, Inversiones y Finanzas Consultores S.A. (MC&F). El Código tiene la intención de fortalecer una verdadera cultura de buen gobierno corporativo en el Perú, acorde con las exigencias del mercado, que promueva el desarrollo empresarial y favorezca la generación de valor en la economía peruana.

El Código presenta 46 principios divididos en tres grandes partes: 1) Principios generales para las sociedades (31 principios); 2) Principios complementarios para empresas de propiedad del Estado (8 principios); y, 3) Principios complementarios para sociedades familiares (7 principios)<sup>286</sup>.

**Principios generales para las sociedades.** Se abordan cinco áreas: derechos de los accionistas, Junta General de Accionistas, el Directorio y la Alta Gerencia, riesgo y cumplimiento, y transparencia de la información.

Los principales derechos de los accionistas son: paridad o trato igualitario de la misma clase y que mantienen las mismas condiciones (principio 19); participación y derecho al voto en las juntas generales (principio 2), derecho a que la participación en el capital social no debe diluirse: “ Las propuestas del Directorio referidas a operaciones corporativas que puedan afectar el derecho de no dilución de los accionistas (fusiones, escisiones, ampliaciones de capital, entre otras) son explicadas previamente por dicho órgano en un informe detallado que cuenta con la opinión independiente de un asesor externo de reconocida solvencia

<sup>286</sup> El análisis de los alcances del Código lo podemos encontrar en: BURNEO, K. Y LIZARZABURU, E. “Gobierno Corporativo en Mercados emergentes: Impacto en la Bolsa de Valores de Lima – BVL, Revista Globalización, Competitividad y Gobernabilidad”, 2016, Vol. 10 N° 3, págs. 12-21; INDACOCHEA, A. *Una propuesta para mejorar las prácticas de gobierno corporativo en el Perú*. CENTRUM. Lima, 2013, págs. 25-31; SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES, *Información estadística del Reporte sobre el cumplimiento del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas*, 2016, págs. 7-15; ACOSTA, A, Et AL. *Prácticas de buen gobierno corporativo y su impacto en el valor de las empresas*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2016, págs. 20-38; ROCA CARBAJAL, L. “Gobierno Corporativo: Una Mirada en América Latina”, en *Derecho de Sociedades y Gobierno Corporativo*, Ed. Jurídica Grijley, Lima, 2008, Págs.. 327-348

profesional nombrado por el Directorio, preferentemente con el voto favorable de los directores independientes” (principio 3); derecho a la información y comunicación (principio 4); derecho a la participación en dividendos de la sociedad (principio 5); derecho al cambio o toma de control (principio 6); derecho a solucionar las controversias por mecanismos pacíficos como el arbitraje (principio 7).

Respecto a la Junta General de Accionistas, se establece lo siguiente: es el órgano soberano de la sociedad y tiene como funciones propias la aprobación de la política de retribución del Directorio y de los estados financieros y el nombramiento de los miembros del Directorio (principio 8); en el reglamento de la junta debe constar las condiciones y procedimientos de participación de ejercicio de los derechos, de los nombramientos de los miembros del directorio (principio 9). El Código es muy explícito a la hora de establecer la normativa respecto a los mecanismos de convocatoria (principio 10), propuestas de agenda (principio 11), procedimientos para ejercer el voto y su delegación (principios 12 y 13), así como el modo de seguimiento de acuerdos al interior de la Junta (principio 14).

En relación al Directorio y a la Alta Gerencia (principios del 15 al 24), el Código establece una normativa general, sin bajar a detalles, respecto a la conformación, funciones, deberes y derechos. Así, cuando se refiere al número de miembros del directorio, simplemente dice que “El número mínimo y máximo de directores está contenido en el estatuto” (principio 15). Establece que el Directorio debe tener un Reglamento Interno, y un Código de ética y conflicto de intereses, que deben existir directores independientes, comités especiales. Un detalle importante es la separación entre la administración por parte del directorio y la gestión ordinaria de la Alta Gerencia el liderazgo del gerente general. Sugiere que exista una política de delimitación de funciones. Y es que la Alta Gerencia “cuenta con autonomía suficiente para el desarrollo de las funciones asignadas, dentro del marco de políticas y lineamientos definidos por el Directorio, y bajo su control. La Alta Gerencia actúa según los mismos principios de diligencia, lealtad y reserva que mantiene el Directorio” (principio 24).

En relación al tema del riesgo y cumplimiento (principios 25 al 27), establece que el Directorio es el responsable de la existencia de un sistema de control interno y externo, de supervisar su eficacia e idoneidad. Se refiere, pues, a la presencia de la auditoría interna,

dedicada a la “evaluación permanente de que toda la información financiera generada o registrada por la sociedad sea válida y confiable, así como la verificación que la función de cumplimiento normativo sea ejercida eficazmente” (principio 26); y a la auditoría externa, que debe realizar las “realiza evaluaciones sobre la efectividad y operatividad del sistema de control interno, especialmente con el propósito de evaluar el riesgo de que puedan existir errores en la información financiera de la sociedad” (principio 27).

Toda sociedad debe tener como pilar la transparencia de la información (principios 28-31). Debe asumirla como política, de tal modo que se conozca, a través de los informes de estados financieros y de la memoria anual, información relacionada con la estructura accionaria y acuerdos de accionistas. El Código establece, por último, que “La sociedad divulga los estándares adoptados en materia de gobierno corporativo en un informe anual, de cuyo contenido es responsable el Directorio, previo informe del Comité de Auditoría, del Comité de Gobierno Corporativo, o de un consultor externo, de ser el caso” (principio 31).

En relación a los **Principios complementarios para empresas de propiedad del Estado** (EPE), el Código simplemente adapta las cinco áreas a las empresas estatales.

Lo novedoso del Código son los **Principios complementarios para sociedades familiares**. Son 8 principios. No existe junta general sino Asamblea Familiar, que se rige no por un estatuto sino por un protocolo familiar, el cual establece “las políticas de participación accionaria para los miembros de la familia; las reglas a aplicar cuando miembros de la familia transfieren sus acciones; así como los mecanismos de resolución de controversias que aplicarán entre sí los miembros de la familia cuando se trate de intereses relacionados con la sociedad” (principio F1). El nexo principal entre la familia y el Directorio y la Gerencia de la sociedad es el Consejo Familiar (principio F3), elegido por la Asamblea Familiar, y tiene como funciones “coordinar la ejecución de los acuerdos adoptados por la familia, respecto de la sociedad; participar en la elección de los miembros de la familia que serán propuestos para asumir responsabilidades directivas o gerenciales en la sociedad; resolver los posibles conflictos que surjan; y, en particular, suscribir y efectuar un seguimiento de la aplicación del protocolo familiar, propiciando su

conocimiento y divulgación. Además, orienta y asesora a la Asamblea Familiar, así como puede servir como órgano consultivo del Directorio” (Principio F3).

### 3.3.5 El Gobierno Corporativo en los demás países de la región<sup>287</sup>

**Chile**<sup>288</sup>. La Superintendencia de Valores y Seguros de Chile, ha promovido varios cambios normativos relacionados con el Buen Gobierno. Las principales modificaciones relacionadas con el tema, se encuentran en la ley de Sociedades Anónimas No. 18.046 y la Ley de Mercado de Valores No. 18.045, las cuales hacen referencia al gobierno de los emisores y control de las sociedades. La ley de OPAS<sup>289</sup>, impone restricciones a los accionistas controlantes y a los denominados IPOS. En relación con la Ley de OPAS, es pertinente anotar que en su esencia busca crear un contrato eficiente que permita a los inversionistas percibir un menor riesgo en sus operaciones, y asegurar con ello la protección de sus derechos. Bajo esta premisa se han desarrollado las materias relativas a los comités de auditoría y la reglamentación de transacciones entre partes relacionadas estableciendo la acción civil derivada. La nueva Ley de Mercado de Valores contiene los siguientes elementos de gobierno corporativo: 1) Comité de Auditoría: como un mecanismo de fiscalización al interior de la sociedad, que debe estar conformado en su mayoría por miembros independientes. Dentro de sus funciones primordiales se encuentran la de examinar estados financieros, proponer los auditores externos y las firmas clasificadoras de riesgo, examinar los sistemas de compensación de los ejecutivos y analizar las transacciones entre partes relacionadas; 2) Transacciones entre partes relacionadas: la normatividad chilena ha previsto un procedimiento especial para llevar a cabo las transacciones entre partes relacionadas que va desde la aprobación de la negociación por

<sup>287</sup> Para mayor detalle del grado de desarrollo de Gobierno Corporativo en distintas regiones del mundo visitar los sitios de McKinsey ([www.mckinsey.com](http://www.mckinsey.com)), de la OECD ([www.oecd.org](http://www.oecd.org)) y el Banco Mundial ([www.worldbank.com](http://www.worldbank.com)). Estos dos últimos presentan con gran detalle del grado de desarrollo de buenas prácticas en los países emergentes.

<sup>288</sup> Un resumen de la gobernanza en Chile la encontramos en: LEFORT, F. Y E. WALKER “The Effects of Economic and Political Shocks on Corporate Governance Systems in Chile”, *Journal of Business Research*, 2000, 61, págs. 615-622; LEFORT, F. Y R. GONZÁLEZ. “Hacia un Mejor Gobierno Corporativo en Chile”, *Revista ABANTE*, 2008, 11(1), págs. 19-45.

<sup>289</sup> OPAS son las ofertas públicas de adquisición. La Ley 19.705 o “Ley de Opas”: Regula las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones y Establece Régimen de Gobiernos Corporativos, fue promulgada el 14/12/2000. Esta modifica la Ley 18.045 (Mercado de Valores) y la Ley 18.046 (Sociedades Anónimas). La Superintendencia de Valores y Seguros ha publicado en su sitio de internet (<http://www.svs.cl>) la lista de las empresas que se han acogido al artículo 10º transitorio de la Ley de Opas.

parte de la junta directiva hasta designar evaluadores independientes que examinen la operación; 3) Derecho a retiro: la ley de Opas ha previsto el derecho de retiro de los accionistas cuando vean comprometido su patrimonio, entre estos casos se cuenta: la venta de activos y entrega de garantías por un valor superior al 50% del patrimonio; o la concentración de la propiedad cuando exceda las 2/3 partes de la propiedad accionaria; 4) Acción civil derivada: a normatividad chilena adaptó a su legislación interna la *Class Action* anglosajona bajo el nombre de acción civil derivada, definida como el derecho que tiene cualquier accionista o miembro de la junta directiva para demandar a quien corresponda en nombre y en beneficio de la sociedad por toda pérdida en el patrimonio derivada de la infracción a la ley o a los estatutos por parte de los administradores. Así como el sector público en cabeza de la Superintendencia se ha involucrado en un apostolado irrefutable y pertinente en la promoción del Gobierno Corporativo en Chile, el sector privado aún permanece escéptico frente a este concepto. Algunos esfuerzos aislados se han manifestado por parte de firmas de abogados independientes, pero ninguna iniciativa se ha materializado.

**México**<sup>290</sup>. Uno de los países líderes en la difusión y consolidación del *Corporate Governance* cuenta con los aportes tanto del sector privado como del sector público. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores ha estado a la cabeza de las principales reformas normativas que hacen que México tenga un marco regulatorio acorde con los principios internacionalmente aceptados, en materia de gobernabilidad societaria. Estos principios se encuentran contemplados en varios cuerpos normativos, como la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley del Mercado de Valores y la Ley de instituciones de Crédito, reformas impulsadas entre los años de 1994 y 2000. EL país afinó más lo tocante a la composición y funciones del Consejo de Administración: 1) para las sociedades que cotizan en la Bolsa Mexicana, cuando existan tres o más administradores, los minoritarios que representen al menos el 10% del capital social, podrán nombrar cuando menos un consejero; 2) según la ley de sociedades comerciales este órgano societario como

<sup>290</sup> FAMILIAR, C. J. *Gobierno corporativo en México: evolución, avances y retos*, Segunda Reunión del Foro Regional sobre el Sector Financiero. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 2003, págs. 55-72.

representante máximo de la sociedad, tiene como función esencial aprobar la gestión de la empresa; 3) el número de consejeros no deberá exceder de 15 miembros, con una composición de hasta un 50% de los consejeros propietarios y un 50% miembros independientes. En relación con las Asambleas Generales de Accionistas, se establece que el término entre la convocatoria y la celebración de la reunión no podrá ser menor de 15 días, y que los libros o documentos relacionados con los temas a debatir y votar en la Asamblea, deberán ponerse a disposición de los accionistas en las oficinas de la compañía, en temas relativos a la auditoría y a la protección de accionistas minoritarios son tratados por leyes independientes. La iniciativa del Consejo Coordinador Empresarial de México persigue realizar recomendaciones legislativas y promover reformas al Código de Mejores Prácticas propuesto por la Bolsa mexicana de Valores. El Código mencionado, elaborado por esta plaza bursátil, se ha convertido un paradigma a seguir por otras Bolsas del mundo emergente. Las disposiciones del Código no son de carácter vinculante, ni constituyen un requisito para inscribir a las sociedades emisoras de valores. Sin embargo, se revela al mercado el nivel de adopción de prácticas corporativas de las sociedades listadas en la Bolsa, con base al marco de referencia sugerido, lo que se convierte en una herramienta útil para que los inversionistas puedan tomar decisiones informadas respecto de los destinatarios de sus recursos.

**Brasil<sup>291</sup>**. Las Instrucciones No. 358 y 361 de la Comisión Nacional de Valores Mobiliarios de Brasil, reflejan normas de Buen Gobierno de los emisores, relacionadas con OPAS, revelación de información, estándares de contabilidad, restricciones para accionistas controlantes y directores independientes. La ley del mercado de valores mobiliarios establece entre otros asuntos, diferentes prácticas de Gobierno Corporativo como son: La preservación de los derechos de los accionistas minoritarios en lo referente a la notificación de la realización de Asambleas Generales de Accionistas, para lo cual establece la obligatoriedad de dar a conocer la agenda a tratar en la Asamblea a través de la primera

<sup>291</sup> La normativa básica la encontramos en: Código Reglamento de la Asociación Brasileña de Mercado de Capitales y Mercado Financiero y Mejores Prácticas para la Oferta Pública para la Distribución y Adquisición de Valores; Código de Mejores Prácticas emitido por el Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC. Pueden consultarse las siguientes obras: AZEVEDO, SIMONE. “*Balanços se sofisticam para atrair investidor estrangeiro*”. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 2001, pág. c-7; SILVA, ALTAMIRO E MALTA CYNTHIA. “*Bovespa anuncia índice de ações do Novo Mercado*”, *Gazeta Mercantil*, São Paulo, pág. B- 4.



citación que se realice a los inversores, con un mínimo de 8 días hábiles de antelación a la celebración de la reunión. Así mismo, los accionistas podrán solicitar a la Comisión de Valores un tiempo de hasta de 30 días, para que sean dados a conocer otros documentos necesarios para el análisis financiero y de 15 días para que la celebración de la Asamblea sea interrumpida, cuando existan temas que revistan especial importancia o que puedan representar algún tipo de riesgo para los intereses de los aportantes. En esta normatividad, también reconoce el derecho de retiro del socio con la respectiva reposición del valor de su participación accionaria cuando medien situaciones de cambio de control, cambios de objeto social o la reducción de dividendos. En relación con el compromiso del sector privado en la promoción de *Corporate Governance*, Brasil es un paradigma sin precedentes en América Latina. A pesar de la volatilidad de los últimos tiempos, causada por el nerviosismo de los inversionistas a causa de las elecciones, el sector privado no ha mermado sus esfuerzos. El Centro de Gobernabilidad Corporativa de Brasil, ha realizado un Código Marco de Mejores Prácticas Corporativas, catalogado como uno de los mejores de Latinoamérica. La misión del Centro es fortalecer y difundir el Gobierno Corporativo en el mercado de capitales brasilero. El instituto realiza programas de entrenamiento para altos ejecutivos, investigaciones y se ha constituido como un organismo independiente del mercado, calificador del buen gobierno. BOVESPA por su parte, erigió el denominado “Novo Mercado” basado en un acuerdo vinculante entre emisores y la Bolsa de libre adhesión. Solo pueden adherirse aquellos emisores con mejores estándares de Gobierno Corporativo considerados como los mejores prospectos para la inversión. Entre los cuatro niveles de Gobierno Corporativo de la Bolsa, se involucran asuntos relacionados con la independencia de los directores, la revelación de información y el arbitraje y la conciliación.

**Bolivia**<sup>292</sup>. La iniciativa de crear un Instituto de Gobierno Corporativo surgió hace algunos años atrás con el impulso del Estudio Jurídico “Miguel & Miguel” y la carrera de Derecho de la Universidad Privada de Santa Cruz, con el objetivo de promover la adopción de buenas prácticas de Gobierno Corporativo en las empresas comunitarias, estatales, privadas y social

<sup>292</sup>Lineamientos de Gobierno Corporativo para Sociedades Comerciales Bolivianas. Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (AEMP). RA/AEMP/Nº 142/2011 de 30 de diciembre de 2011. Directrices Básicas para la Gestión de un Buen Gobierno Corporativo. Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).ASFI/157/12 de 14 de diciembre de 2012.

cooperativa y la finalidad de incrementar su competitividad y sostenibilidad en el mediano y largo plazo en el nuevo entorno económico y social. En el futuro se espera que a esta iniciativa, se sumen el sector público y privado a raíz de la normativa emitida sobre Gobierno Corporativo para que el Instituto pueda formalizarse e inicie sus actividades. Con el propósito de alcanzar el objetivo y la finalidad comentada anteriormente, el Instituto estaría integrado básicamente por las siguientes áreas: 1) Consejo Consultivo: Órgano colegiado integrado por personalidades e instituciones de reconocido prestigio (Públicas y Privadas) relacionadas con el tema. Este Consejo sería la instancia de consulta y orientación en temas de Gobierno Corporativo, opinión y sugerencia a las autoridades pertinentes; 2) Área de Difusión y Asesoría: Esta área tendría como objetivo la actualización y difusión de temas de Gobierno Corporativo, más la asesoría en: gestión de riesgos, preparación de códigos de Gobierno Corporativo, derechos de cotice en él, debe firmar un contrato así como la adhesión a un conjunto de prácticas de Gobierno Corporativo que buscan ampliar los derechos de los accionistas, mejorar la calidad de la información proporcionada por las empresas, así como ofrecer a los inversionistas mecanismos más eficientes y especializados para la resolución de conflictos corporativos a través de una junta de arbitraje. Entre estas prácticas que necesariamente deberán cumplir las empresas que busquen pertenecer a este segmento del mercado encontramos: 1) la extensión a todos los accionistas de las mismas condiciones obtenidas por el grupo de control cuando se produzca una venta; 2) que el directorio tenga un mínimo de 5 miembros y un periodo de hasta 2 años, siendo permitida la reelección; y, 3) que al menos el 20% de los miembros del directorio sean independientes

**Costa Rica**<sup>293</sup>. El Instituto de Gobierno Corporativo de Costa Rica (IGC-Costa Rica) es una iniciativa impulsada por un grupo de representantes del sector empresarial del país, que buscaban coordinar esfuerzos para ayudar a los empresarios a entender y aplicar buenas prácticas dentro de las organizaciones, y así tomar mejores decisiones y elevar las probabilidades de supervivencia en el largo plazo. El grupo está compuesto por

<sup>293</sup> La normativa se encuentra dispersa en: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (Ley 7558) del 27 de noviembre de 1995; Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (Ley 1644) del 27 de setiembre de 1953; Ley de asociaciones cooperativas y creación del Instituto de Fomento Cooperativo (Ley 4179) del 22 de agosto de 1968; Ley reguladora de empresas financieras no bancarias (Ley 5044) del 22 de setiembre de 1972; Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo (Ley 8204) del 11 de enero del 2002; Ley reguladora de la actividad de intermediación financiera de las organizaciones cooperativas (Ley 7391) del 24 de abril de 1994.

representantes de la Bolsa Nacional, la Cámara de Industria, la Cámara de Exportadores, la Cámara Costarricense de Emisores de Títulos Valores, la Cámara Nacional de Sociedades de Fondos de Inversión, el Colegio de Contadores Públicos, el Instituto referido.

**El Salvador**<sup>294</sup>. En el año 2010, la Fundación Bursátil de El Salvador fue invitada a participar de las reuniones organizadas por el Foro Global de Gobierno Corporativo. En la actualidad, y con los conocimientos adquiridos en las reuniones de Panamá y en la de Río de Janeiro, se ha logrado que la Fundación Bursátil tenga un mejor conocimiento sobre la relevancia que tiene para los mercados de capitales y para las economías de los países contar con una entidad que vele por la difusión y capacitación de lo que se debe entender por Gobierno Corporativo y que sirva de guía técnica para la adopción, y comprensión del tema. La Fundación Bursátil de El Salvador, se enfoca en dar inicio a una etapa de investigación y sensibilización local, es por esta razón que muchas de sus actividades van enfocadas en establecer conceptos claros en la comunidad empresarial y comercial del país. Otra de las medidas adoptadas por la fundación y que se hace loable destacar, es la adopción de un plan estratégico de continuidad de la promoción de las políticas de buen gobierno, la conformación de grupos promotores del sector privado que contribuyan con la formalización de un Instituto de Gobierno Corporativo de El Salvador

**Panamá**<sup>295</sup>. El Instituto de Gobierno Corporativo (IGC-Panamá) se inició en el año 2006. Su primer presidente trabajó con el apoyo de un grupo de personas del sector privado comprometidas con alcanzar un nivel de competitividad para el país. A dichas personas se les ha dado el reconocimiento de Miembros “Fundadores-Gestores”, al igual que las empresas que han colaborado con la creación del IGC, se la ha denominado miembros

<sup>294</sup> El Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero para dar cumplimiento a los artículos 21 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero; 32, 33, 63, inciso final del artículo 66 y 227 de la Ley de Bancos; 15, 41, inciso final del artículo 44 y 155 de la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito; 11, 12, 13 y 24 de la Ley de Sociedades de Seguros y 49 de su Reglamento, acuerda emitir las: Normas de Gobierno Corporativo para las Entidades Financieras.

<sup>295</sup> La normativa se encuentra dispersa en: Superintendencia de Mercado de valores (SMV), Acuerdo No. 12/2003: No es obligatorio; el sujeto supervisado solo debe informar a la SMV sobre la ausencia o adopción (total o parcial) de principios y procedimientos de buen Gobierno Corporativo. A nivel bancario y de seguros, el gobierno corporativo es obligatorio, tal como lo estipulada la Superintendencia de banco de Panamá (SBP), con el Acuerdo No. 5/2011, así como la Junta Directiva de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros emitió el Acuerdo 2 de 21 de junio de 2016, publicado en la Gaceta Oficial N.º 28062 de 28 de junio de 2016, por medio del cual se dictan disposiciones de Gobierno Corporativo, aplicables a las empresas aseguradoras y reaseguradoras reguladas por la Superintendencia de Seguros y Reaseguros (en adelante la SSR).

“Corporativos Fundadores”. El Gobierno corporativo no es obligatorio para las sociedades reguladas por la Superintendencia de Valores. Según el Acuerdo No. 12/2003, que recomienda que por cada cinco directores haya un director independiente. 2. Se recomienda que la mayoría de los directores sean individuos que no participen en la gestión administrativa diaria del emisor o persona registrada.

**Guatemala.** Solo tiene un Registro Mercantil y no posee un órgano supervisor como tal. El Registro Mercantil es el encargado de inscribir todo los actos relativos a las sociedades. La regulación se encuentra en el Código de Comercio.

**Honduras.** La Comisión Nacional de Bancos y Seguros es el organismo encargado de supervisar el cumplimiento de la norma de Gobierno Corporativo, según Resolución No.300/200540, a través de la Superintendencia de Seguros y Superintendencia de Valores, que dispone de amplias facultades expresadas a través del decreto Ley de Comisión Nacional de Bancos y Seguros, y los mecanismos de supervisión son mediante auditorias o exámenes *in situ* y *extra situ*.

**Paraguay.** La Comisión Nacional de Valores (CNV) es el órgano encargado de supervisar a las empresas cotizadas con todas las facultades que le asigna la Ley de Mercado de Valores, No. 1284/199844. Si bien no existe una norma específica de Gobierno Corporativo, muchos artículos de la Ley de Mercado de Valores establecen condiciones de gobierno a las entidades emisoras, además de lo establecido en el Código Civil Paraguayo en lo referente a sociedades, sus órganos de dirección, administración y fiscalización. Los bancos y financieras que cotizan en el mercado de valores son supervisados por la Superintendencia de Bancos en cuanto al cumplimiento de las normas de Gobierno Corporativo establecidos para este tipo de entidades.

**República Dominicana.** La Superintendencia de Valores tiene el deber de supervisar el cumplimiento de las normas de Gobierno Corporativo de las sociedades cotizadas. Los estatutos sociales de las sociedades emisores son aprobados, previo al Registro Mercantil, por parte de la Superintendencia a los fines de verificar que dichos estatutos cumplan con las disposiciones mínimas de Gobierno Corporativo establecidas en la Ley General de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, No.

479/2008 y su modificada por la Ley 31/201148, y el Reglamento de Aplicación de la Ley de Mercado de Valores, No. 19/200049. Las sociedades emisoras de valores de oferta pública, los intermediarios de valores y las entidades del mercado secundario bursátil y extrabursátil deben presentar un Informe Anual de Gobierno Corporativo (Norma CNV-2013-45-MV).

**Uruguay.** El Banco Central del Uruguay (en adelante BCU) supervisa el cumplimiento de las normas de Gobierno Corporativo de las entidades que operan en el Mercado de Valores, teniendo facultades de inspección, supervisión y control con poder sancionatorio. Las sanciones varían de acuerdo a la gravedad del incumplimiento verificado, desde la observación a la multa y la suspensión de la habilitación para operar en el mercado (artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores Normas, No. 18.62751, y 33 de la Carta Orgánica del BCU, Ley No. 18.99652). Las sanciones también pueden recaer sobre los miembros del Directorio, síndicos e integrantes de la comisión fiscal, la comisión de auditoría o personal gerencial de la entidad. Las sanciones son publicadas. A su vez, la Auditoría Interna de la Nación controla la constitución y las modificaciones estatutarias de las Sociedades Anónimas y Registros Contables.

### **3.4 PRINCIPALES EFECTOS DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN A NIVEL REGIONAL Y GLOBAL**

Si bien la adopción de los Lineamientos de gobierno Corporativo de la OCDE por parte de la gran mayoría de países no se ha realizado con la celeridad que se esperaba, conviene rescatar los efectos positivos que ha tenido su implementación, tanto en las empresas privadas como en las estatales, respecto a seis áreas sensibles de las empresas: derecho al voto, trato igualitario, desarrollo de los consejos de administración, perfeccionamiento del ordenamiento jurídico y la cooperación.

**Derecho al voto.** Se ha tomado conciencia y se han aplicado regulaciones para llegar a un tratamiento adecuado para los derechos de voto, por ejemplo, cuando se facilita la

participación de los accionistas en las juntas de accionistas y se permite la participación activa e informada de los inversores institucionales.

**Trato igualitario.** Trato justo y equitativo a los accionistas en caso de cambio de control y deslistamiento.

**Información.** Garantía de integridad de los informes financieros y la mejora de la divulgación de las transacciones entre partes relacionadas.

**Consejos de administración.** Desarrollo de consejos de administración o juntas directivas eficaces, lo que permite su actuación independiente y clarifica sus objetivos, procedimientos de trabajo y mecanismos para hacer frente a los conflictos de intereses.

**Marco jurídico.** Perfeccionamiento de la calidad, seguridad y eficacia del marco jurídico y regulatorio (por ejemplo, mediante la creación de acciones colectivas y mecanismos alternativos de resolución de conflictos).

**Cooperación.** No solo se ha logrado crear la cooperación entre empresas privadas o entre estas y las estatales, sino que también las buenas relaciones transnacionales han aumentado, por cuanto, las empresas, en el ámbito regional, poseen propietarios de diversos países. De esta forma se la logrado el intercambio de experiencias, la colaboración y supervisión mutuas entre los países latinoamericanos.

De otro lado, la implementación de las principios de la OCDE, las Recomendaciones del Código Andino, ha permitido fortalecer el gobierno corporativo de las instituciones financieras (sociedades grandes) y, con ello, se ha creado un referente para las empresas medianas y pequeñas que pueden de forma voluntaria adoptar y adaptar los mecanismos de buena gobernanza, relacionados con: 1) el fortalecimiento de los consejos y su capacidad para gestionar entidades crecientemente complejas, y sometidas a un entorno de enorme inestabilidad e incertidumbre; 2) el reforzamiento de los mecanismos de control interno para la adecuada gestión de los riesgos a los que se enfrentan las compañías del sector financiero; y, 3) el adecuado diseño de los sistemas de retribución de los gestores de las sociedades, de forma que no estimulen los resultados en el corto plazo ni resulten inconsistentes con la gestión prudente de la entidad.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO

Gladis Adelaida Alarcón Valencia

## PARTE II APLICACIÓN ESPECÍFICA A LAS SOCIEDADES MERCANTILES ECUATORIANAS

### CAPITULO IV MARCO LEGAL

La urgencia de establecer una regulación obligatoria o voluntaria de gobierno corporativo en las empresas públicas y privadas del país, no sólo se debe a los escándalos internacionales de Watergate, y de las empresas Enron, WorldCom<sup>296</sup>, sino específicamente a la crisis financiera nacional de finales del siglo XX, que llevó al país a abandonar su moneda, el sucre, y a adoptar el dólar como moneda de curso legal y completo<sup>297</sup>.

Si bien el país contaba con una legislación que regulaba las sociedades mercantiles sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, Superintendencia de Bancos, no es menos cierto que el control se reducía al cumplimiento de los requisitos para su constitución y el apego de la tramitología para presentar los informes. El buen gobierno de las empresas no era un asunto que le preocupara a los entes de control. A nivel mundial, la necesidad de un gobierno corporativo se incrementó con la crisis asiática de 1997, atribuida a la concentración del control de las empresas y las deficiencias de gobernanza. De otro lado, a nivel nacional, la crisis bancaria de 1999 develó que las sociedades públicas y privadas de toda índole eran débiles en muchos aspectos, como por ejemplo, la responsabilidad de los miembros del directorio, gerentes, auditores, contadores, empleados, el flujo de información financiera y de gestión, interna y externa, protección de los derechos de los accionistas<sup>298</sup>.

<sup>296</sup> RUALES, F. *El gobierno corporativo en las empresas privadas ecuatorianas y su factibilidad de aplicación en la empresa Quifatex S.A.*, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2012, pág. 10

<sup>297</sup> Es lo que se conoce en Ecuador como salvataje y feriado bancario. Como efecto de la caída del precio del petróleo (\$6, 50 por barril de petróleo), los estragos del Fenómeno de El Niño de 1998 en el sector agropecuario de la Costa, y la liberación del sistema financiero del control estatal, el 8 de marzo de 1999, el entonces presidente de la República, Jamil Mahuad, anuncia un feriado bancario de 24 horas que duró cinco, y el congelamiento de depósitos por un año. El 9 de enero de 2000, anuncia la adopción del dólar como moneda nacional. Para profundizar sobre este tema: DÁVALOS GUEVARA, M. *La dolarización en el Ecuador: ensayo y Crisis*, Ediciones ABYA-YALA, Quito, 2004, pág. 12-13; CEPAL. ECUADOR: Evaluación de los Efectos Socioeconómicos del Fenómeno El Niño en 1997-1998. LC/R.1822/Rev.1, 16 de Julio de 1998; MESÍAS, A. "La crisis bancaria de 1999: Análisis a partir de la teoría de información asimétrica, Revista de Cuestiones Económicas", 2002, Vol.18, No. 2-3, págs.5-6; ACOSTA, A., JUNCOSA, JOSE E. Dolarización: Informe Urgente, ILDIS, 2000, págs. 61-63; ACOSTA, A. Dolarización en el Ecuador: Antecedentes, realidad y perspectivas, ILDIS, Guayaquil, 2002, págs. 56-58.

<sup>298</sup> CLAESSENS, STIJN et AL. *Expropriation of Minority Shareholders: Evidence from East Asia*, Working, Paper 2088, 1999, World Bank, pág. 2.



En los dos primeros años del siglo XX, tuvo lugar la inesperada crisis de confianza en el mercado de valores de los EE.UU., a causa de los escándalos en que estaban inmersas grandes empresas que manipularon su información financiera (Enron, WorldCom), presentando cuentas irreales a los inversionistas, y que desembocó en la creación de la Ley Sarbanes-Oxley, de junio de 2002, para proteger a los accionistas de la administración<sup>299</sup>. Frente a las empresas de la nueva economía o “punto com”, en las que no se tenía que responder a nadie sino a sí mismas, las compañías de la economía tradicional, rápidamente se obligaron a adoptar la tecnología como mecanismo de superación de sus falencias, buscando siempre sanear las debilidades en las relaciones accionistas-administradores, compañía-empleados, compañía-proveedores, compañía-clientes, lo que trajo consigo la proliferación de códigos internos de gobierno corporativo<sup>300</sup>.

La crisis produjo el interés público y privado por implementar, en la primera década del siglo XX, las directrices de gobierno corporativo propuestas por la OCDE y la CAF para fortalecer a las sociedades ecuatorianas, adoptando los Lineamientos de Gobierno Corporativo. La aprobación de la Constitución de 2008, tuvo como efecto el fortalecimiento de las empresas públicas y la preeminencia de la empresa privada por sobre las extranjeras. La segunda década constituye una fase de revisión de los beneficios de la asunción de los Lineamientos y el interés por crear un Código de Buen gobierno Corporativo Único para todas las sociedades, incluidas las de corte estatal y familiar. Aún persiste en el marco legal ecuatoriano normativa dispersa relacionada con la realidad societaria y el deseo de una mayor intervención de los entes de control, sobre todo en las sociedades que cotizan en la bolsa<sup>301</sup>.

En este sentido, el desarrollo de las regulaciones de la normativa obligatoria y voluntaria del gobierno corporativo en Ecuador pasa por tres etapas: 1) Antes de la crisis financiera de 1999-2000; 2) Durante la implementación de los Lineamientos de Gobierno Corporativo de

<sup>299</sup> DÍAZ MORALES, J. “La Ley Sarbanes-Oxley y la auditoría”, Revista Partida Doble, No. 169, 2005, págs. 104-109.

<sup>300</sup> LAGAR MELO, A. *Retos y avances del Gobierno Corporativo de las empresas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores a partir del 2002*, Puebla, 2004, págs. 21-25.

<sup>301</sup> ORTIZ HERBENER, A. “Intervención Societaria”, Revista Jurídica de la Universidad de Guayaquil, 2005, Vol. 18, Págs. 350-355

la OCDE en Ecuador; y, 3) Después de la asunción del Código Ecuatoriano de Buen Gobierno Corporativo.

## **4.1 EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA DE PROPUESTAS NORMATIVAS RELACIONADAS CON EL GOBIERNO CORPORATIVO**

### **4.1.1 Normativa antes de la crisis financiera de 1999-2000**

La normativa societaria ecuatoriana siempre ha sido expresión de las teorías societarias imperantes. Así lo demuestra el Código Civil (CC), la Ley de Compañías (LC) y el Código de Comercio (CCom)<sup>302</sup>.

EL CC se adhiere a la teoría clásica del Mandato, cuando define al mandato como “un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera” (Art. 2020). Ya en el Art. 1992, define a la sociedad colectiva como “aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo”. El CCom de esa época señalaba que el factor (gerente de una empresa, o establecimiento mercantil o fabril, o de un ramo de ellos) es quien administra por cuenta del dueño, y se confiere su cargo por la figura del mandato” (Art. 177; Cf. 138)<sup>303</sup>. Es decir, siguiendo la ley al pie de la letra, la norma civil y mercantil acoge la doctrina del mandato en cuanto considera a los administradores como mandatarios

<sup>302</sup> El Código Civil fue aprobado el 21 de noviembre de 1857, pero empezó a regir en 1861, y es una adaptación del Código civil chileno elaborado por Andrés Bello, inspirado en el Código de napoleón, Código de Luisiana, así como en las doctrinas de Savigny y Pothier. La penúltima codificación fue en 1970 y la última en el 2015, con algunas reformadas realizadas el 8 de julio de 2019; El Código de Comercio fue aprobado el 27 de abril de 1878, reformado en 1906, 1925. La última Codificación del Código de Comercio fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 1202, de 20 de agosto de 1960. La última versión del Código se publica el 14 de mayo de 2019, R.O 497 del 29 de mayo de 2019; La Ley de Compañías nace del Código de Comercio y se crea mediante Decreto No. 766 de 8 de marzo de 1965, R.O. No.485 de 23 de agosto de 1965. La última codificación en 1999, según RO 312 del 5 de noviembre de 1999. Para una reseña histórica de los tres cuerpos legales, puede consultarse: BONITO, JORGE L. Propuesta de ley reformatorio al artículo 121 del Código Civil del Ecuador, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Puyo, 2015, págs. 12-14; CASTRO HERVAS, C. *La matrícula de comercio en el Legislación Ecuatoriana y su eficacia normativa*, Ambato, 2015, págs. 15-16; MERCHÁN HELOU, M. *Análisis a la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías y su implicación en el sector empresarial Ecuatoriano*, Universidad de las Américas, Quito, 2010, pág. 10-14.

<sup>303</sup> La preeminencia de la teoría fue confirmada en su momento por la jurisprudencia ecuatoriana en algunas sentencias en relación al: factor de comercio, Gaceta Judicial año XXXVII, Serie V No. 151, p. 3670 (Quito, 29 de julio de 1938); factor mercantil, Gaceta Judicial año LXXV, Serie XII No. 7, p. 1516 (Quito, 16 de diciembre de 1974).

removibles y dispone que la misma responsabilidad tanto para los administradores como para los mandatarios: “Los administradores tendrán la responsabilidad derivada de las obligaciones que la ley y el contrato social les impongan como tales y las contempladas en la ley para los mandatarios; igualmente, la tendrán por la contravención a los acuerdos legítimos de las juntas generales...” (Art. 255 LC).

Siguiendo la línea de pensamiento de la teoría del Órgano, la Ley de Compañías establece que la Asamblea General o la Junta Directiva designan a los administradores para que ejerzan su cargo: “Es de competencia de la junta general: Nombrar y remover a los miembros de los organismos administrativos de la compañía, comisarios, o cualquier otro personero o funcionario cuyo cargo hubiere sido creado por el estatuto, y designar o remover a los administradores, si en el estatuto no se confiere esta facultad a otro organismo” (Art. 231. 1). Aunque son designados por la asamblea o junta directiva, actúan por propia autoridad. En este sentido, la administración es el órgano o instrumento mediante el cual se manifiesta la voluntad de la compañía, y, en base a este poder conferido, actúan y deciden “por” la compañía muchas veces por propia iniciativa. De esta forma, los actos del administrador son actos de la compañía, pues existe esta compenetración amparada por la misma ley, que los legitima.

Ahora bien, la concepción del CC y del CCom respecto a la relación entre propietarios y administradores no es del todo similar. En efecto, mientras en el mandato civil el mandatario lo une a la sociedad por un vínculo asociativo, en el mandato mercantil la figura del administrador es necesaria: la compañía requiere de su existencia tanto para el momento fundacional como durante el ejercicio societario, pues, como persona jurídica requiere de un tercero, tal como lo dispone la LC: “La representación de la compañía se extenderá a todos los asuntos relacionados con su giro o tráfico, en operaciones comerciales o civiles, incluyendo la constitución de prendas de toda clase. El contrato podrá limitar esta facultad” (Art. 253).

Existe otro detalle importante respecto a la compensación económica que reciben los administradores. Respecto a la sociedad de personas de comandita simple, la LC establece

que “La compañía en comandita simple existe bajo una razón social y se contrae entre uno o varios socios solidaria e ilimitadamente responsables y otro u otros, simples suministradores de fondos, llamados socios comanditarios, cuya responsabilidad se limita al monto de sus aportes” (Art. 59), y, por lo mismo, “Salvo pacto en contrario, la designación de administradores se hará por mayoría de votos de los socios solidariamente responsables y la designación solo podrá recaer en uno de éstos” (Art. 65). Significa que el administrador está ligado a la sociedad a través de un mero vínculo asociativo y, por tanto, puede no recibir una compensación económica. En cambio, en las sociedades de capital, la Junta General tiene como facultad “Fijar la retribución de los comisarios, administradores e integrantes de los organismos de administración y fiscalización, cuando no estuviere determinada en los estatutos o su señalamiento no corresponda a otro organismo o funcionario” (Art. 231 No. 3). Por tanto, mientras en las sociedades personalistas, como las sociedades de persona o de comandita simple, el administrador no recibe honorarios, en las sociedades de capital, el administrador, siendo un órgano de representación de confianza, percibe una remuneración.

Pareciera que la relación entre administrador y capitalistas es del todo armoniosa y directa. Pero no, la LC contempla la posibilidad de que esta relación directa esté disipada cuando, el administrador es un órgano colegiado, que actúa a través de la figura de su presidente: “si la representación recayere sobre un organismo social, éste actuará por medio de un presidente” (Art. 252). Se trata de un mecanismo societario que permite a las grandes empresas, con capitalistas anónimos de diversas latitudes que sólo se reúnen una sola vez en la Junta General, seguir con sus operaciones sin tener que preocuparse de tener físicamente al frente a los administradores. El administrador ya no es el mandatario de “un” capitalista, sino de “muchos”.

A diferencia de España<sup>304</sup>, la figura del mandatario-administrador aún sigue vigente en nuestras sociedades privadas y públicas, capitalistas o personalistas. Pesa sobre los hombros de una sola persona toda la carga de responsabilidad de la empresa y el manejo absoluto de la misma, sin transparencia en el manejo del patrimonio, con débiles controles externos por

<sup>304</sup> SANCHEZ-CALERO GUILARTE, “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, RDM, oct-dic, 2002, pág. 246.

pare de auditores, entes reguladores, o internos, como la misma Junta de Accionistas, comisarios, socios. Y, cuando todo se ha salido de control, ya es demasiado tarde, pues, en muchos casos, el administrador no ha dejado claras las cuentas, las inversiones han fallado, el objeto social no se ha alcanzado.

Hemos indicado que la falta de control de las sociedades, principalmente en el sector financiero, fue uno de las causas de la crisis de 1999-2000. Empero, la normativa para las sociedades financieras no atacó el problema de fondo, como el control sobre los administradores, sino que se centró en regular la forma cómo nos adaptábamos a la nueva moneda, el dólar, y “traducir” en dólar los requisitos que estaban en “sucre”<sup>305</sup>.

#### **4.1.2 Durante la implementación de los Lineamientos de Gobierno Corporativo de la OCDE en Ecuador**

Frente a la crisis de las empresas a nivel mundial y teniendo conciencia de que son el motor de la economía de un país y del mundo globalizado, en el año de 1998, la Organización para la Corporación y el Desarrollo Económico (OCDE), a petición de sus miembros, elaboró una serie de normas y directrices de gobierno corporativo, presentadas en mayo de 1999, y que se conoce como “Principios de Gobierno Corporativo”, y que tuvieron un significativo impacto en la región.

Tuvo que pasar cerca de cuatro años para que, en el 2003, el GC ingrese en la agenda ecuatoriana. En el 2004<sup>306</sup>, se empieza promocionar y difundir en los estamentos públicos y privados. Gracias a la acción de la Bolsa de Valores de Quito (BVQ) y con el apoyo de organismos internacionales (Banco de Desarrollo de América Latina CAF, el Banco

<sup>305</sup> Sin bajar a detalles, se puede con todo, consultar la normativa vigente a esta fecha, referente en este caso, como: Ley de Mercado de Valores (LMV), Ley 107, R.O. 367, de 23-VII-1998; la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF), del 10 de enero de 2001), Ley 2002-67 R.O. 250, de 23 de enero de 2001; Normas para la presentación de los estados financieros consolidados de acuerdo con la norma ecuatoriana de contabilidad no. 19 y auditados de acuerdo con las normas ecuatorianas de auditoría, R.O. 33, de 5 de marzo de 2003, Res. 03. Q.ICI.002; Resolución para aumento de capital de sociedades extranjeras al menos US\$ 2000, Res. SC.ICQ.2004; Reglamento de Funcionamiento del Consejo Nacional de Valores (CNV) 1 R.O. 353 de 4-I-2000; Reglamento de Inscripción en el Registro del Mercado de Valores y de la Información Pública, Resolución CNV 93-002; Estatutos de la Corporación Civil Bolsa de Valores de Quito (BVQ), 3 de octubre de 2002.

<sup>306</sup> ARGÜELLO, A. *Gobierno Corporativo, análisis de la viabilidad de la aplicación en la Cooperativa de Ahorro y Crédito Cotacollao, año 2014*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2015, págs. 92-93.

Interamericano de Desarrollo BID, CIPE, Confecámaras de Colombia, International Finance Corporation IFC, el Foro Global de Gobierno Corporativo, la Red Latinoamericana de Institutos de Gobierno Corporativo ICGLA, la Mesa Redonda Latinoamericana de Gobierno Corporativo y la OCDE), Ecuador lideró la elaboración de un cuerpo normativo de gobierno corporativo. Fruto de los trabajos a nivel regional, la CAF divulgó el documento llamado: “Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo” (CAGC), incorporando 51 recomendaciones para diferentes tipos de empresa. El 13 de enero de 2005, el Comité Ejecutivo Nacional de Buen Gobierno Corporativo<sup>307</sup> (CEN), aprueba y adopta el “Código de Buen Gobierno Corporativo” (CBGC) en base al Código de Gobierno Corporativo de la OCDE y del Código Andino de Gobierno Corporativo de la CAF. Después de varios años de llevar adelante un importante número de programas de sensibilización y capacitación, la BVQ, junto con otras empresas, crea en el 2012 el Instituto Ecuatoriano de Gobernanza Corporativa (IEGC).

El CBGC contiene las 51 medidas o recomendaciones del CAGC. Recordemos que las recomendaciones de este Código son obligatorias para las compañías grandes o que cotizan, pero su asunción es voluntaria para las empresas medianas o pequeñas. En lo principal, el Código regula los aspectos esenciales de la gobernanza de las empresas ecuatorianas, como por ejemplo: 1) Derechos y trato igualitario de los accionistas, sobre todo de los accionistas minoritarios; 2) Conformación de la Junta General de Accionistas; 3) La composición del directorio o junta directiva; 4) Responsabilidad de los administradores, directores y altos ejecutivos; 5) Publicidad, transparencia informativa y comunicación; 6) Control e información de los estados financieros; 7) Rol de los auditores externos; 8) Función de los entes de control; 9) Elaboración, aprobación y publicación del informe anual de Gobierno Corporativo; 10) El arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

<sup>307</sup> El CEN se constituyó en Quito (junio de 2004) y está integrado por las bolsas de Valores de Guayaquil y Quito, los principales gremios de la producción en los sectores industrial, comercial y de la construcción, por las superintendencias de Compañías y de Bancos, la Asociación de Bancos Privados, el Fondo de Solidaridad, la Asociación de Compañías Administradoras de Fondos y Fideicomisos, la Asociación de Mutualistas, la Asociación de Casas de Valores ASOCAVAL, etc.; la Bolsa de Valores de Quito ejerce la secretaría técnica del CEN.

Lo novedoso del CBGC cristalizado en el CBGC del Ecuador son las recomendaciones sobre la existencia del Directorio para las compañías: “Las sociedades, cualquiera que fuera su tipo societario, deberán tener un directorio con un número de miembros que sea suficiente para el adecuado desempeño de sus funciones”.

El Directorio que recomiendan es del sistema anglosajón de administración por órganos o por acciones *board of directors*: la junta general, el directorio, las gerencias, etc. se constituyen en verdaderos órganos de la compañía. El directorio no sólo vela por los intereses de los accionistas, sino también de los futuros inversores, empleados y clientes.

Para esta fecha, la LC, aunque contaba con la disposición de que la administración podía estar a cargo de un cuerpo colegiado, especificaba que éste actuaba a nombre de su “presidente”. Es decir, siempre se insistía en la forma de administrar por mandato”. Sin embargo, aunque la mayoría de las veces se actúa como mandato, la LC prevé la dirección de la compañía a través de un órgano colegiado. La excepción a esta administración por mandato era la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero disponía que: “La administración de las instituciones del sistema financiero privado estará a cargo del directorio o del consejo de administración, según corresponda, y más organismos que determine su estatuto. Los miembros del directorio serán civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el cumplimiento de sus respectivas atribuciones y deberes” (Art. 30).

El CBGC, empero insiste en la recomendación de establecer un Directorio para las sociedades civiles y mercantiles. Y fue muy claro respecto a sus funciones, deberes, estructura, funcionamiento, remuneración y cese de sus miembros.

**Funciones del Directorio.** “Los estatutos deberán fijar las funciones de supervisión, evaluación y estrategia del director, que serán indelegables”. Por supervisión debe entenderse el vigilar el cumplimiento de todos y cada de uno de los aspectos relevantes de las actividades que los distintos órganos inferiores de la compañía deben realizar, para el cumplimiento del objeto social de la compañía; la evaluación la realiza el directorio hacia la alta gerencia; la estrategia: el directorio establece los mecanismos para cumplir con los planes establecidos

por la Junta de accionistas, así como las estrategias empresariales sobre: presupuesto, estrategias corporativas, planes y políticas generales de la compañía, prácticas de gobierno corporativo, evaluación de altos directivos, riesgo, etc.

**Deberes del Directorio.** “El directorio deberá velar por la integridad de los sistemas de contabilidad, el establecimiento de sistemas de control de riesgos y, en particular las operaciones –off-shore-”. El directorio debe ser un organismo con capacidad de decisión para orientar la administración de recursos humanos, materiales y financieros. Estos deberes se pueden resumir en: 1) Velar por la integridad de los sistemas de contabilidad: Los sistemas contables se encuentran en regulados por los principios de contabilidad de general aceptación, así como por sus correspondientes internacionales; 2) Establecer sistemas de control de riesgos, con el fin de salir al paso ante cualquier contingencia; Control de operaciones off shore: De existir en la compañía, deberán seguir estrictos sistemas de control interno, procedimientos adecuados y establecer, de manera anticipada, mecanismos que permitan detectar posibles anomalías en su operación.

**Organización y funcionamiento del directorio.** “Las sociedades deberán contar con un reglamento de Régimen Interno de Organización y Funcionamiento del Directorio, de carácter vinculante para sus miembros y cuya trasgresión acarree sus responsabilidad”. A lo mucho las compañías tenían el Estatuto, pero no un Reglamento que regule al Directorio, pues esta figura no existía. Con todo, el Código recomienda también que “Los estatutos determinarán el número mínimo y máximo de miembros del directorio que permita una eficaz administración y gobierno de la compañía, y la participación activa de los directores que representen a los accionistas significativos (directores externos no independientes)”. Es decir, el Directorio contempla la existencia de directores internos y externos, que podrán ser independientes o no independientes, y que el directorio podrá estar formado en su totalidad por directores externos, que en todo caso serán siempre una amplia mayoría”. Se entiende por director interno al ejecutivo de alta dirección de sus compañías o de sus participadas; director externo, quien no está vinculado directamente con la compañía, pero representa el conjunto de los intereses generales y difusos que concurren en ella, así como el de accionistas significativos. Este se divide en (i) no independientes, a modo de titular de participaciones



significativas y estables en el capital de la compañía; e, (ii) independiente, de reconocido prestigio profesional que aporta su experiencia y conocimiento para la mejor gestión de la compañía.

**Directores independientes.** “La sociedad podrá designar como directores independientes a aquellas personas que cumplan con los requisitos de trayectoria profesional, honorabilidad y absoluta desvinculación con la compañía o su personal, y promoverá su carácter independiente mediante declaración pública suscrita tanto por el propio director designado como por el directorio en relación a su independencia”. Los criterios de independencia deben estar normados y los requisitos deben cumplirlos a cabalidad.

**Cese de funciones de los directores.** “Los estatutos fijarán las causales por las que se pueda cesar a los directores así como su obligación de dimitir inmediatamente cuando dejen de cumplir las condiciones para su designación o puedan causar un daño al prestigio o buen nombre de la compañía”. Al respecto se establecen cuatro causales de cese de funciones: 1) Si fueran ejecutivos, en cuanto cesen en los puestos a los que estuviese asociado su nombramiento como director; 2) Cuando se vean incurso en alguno de los supuestos de incompatibilidad o prohibición legalmente previstos; 3) En los supuestos en que su permanencia en el directorio pueda afectar negativamente su funcionamiento o al crédito y reputación de la compañía en el mercado, o pueda poner en riesgo los intereses de la misma; 4) En el caso de un director no independiente, cuando el accionista cuyos intereses accionariales represente en el directorio se desprenda de su participación en la compañía.

**Deberes.** “El alcance de los deberes de fidelidad, lealtad, no competencia y secreto quedarán recogido en los estatutos sociales”. Se proponen cuatro deberes fundamentales: 1) Deber de diligencia o fidelidad a la empresa, cumpliendo las leyes y estatutos; 2) Deber de lealtad, obrando de buena fe, con la honestidad y la escrupulosidad del gestor de negocios ajenos; 3) Deber de no competencia: de no dar información y de la imposibilidad de la prestación de servicios a la competencia; 4) Deber de secreto: Los estatutos deberían establecer las reglas de secreto aplicables a los directores que, como mínimo, han de incluir.

**Directores y grupos de interés.** “Los directores tendrán que declarar todas las relaciones, directas o indirectas, que mantengan entre ellos, con la sociedad, con proveedores, clientes o cualquier otro grupo de interés, de las que puedan derivarse situaciones de conflicto de interés o influir en la dirección de su opción o voto”. A la par de esto, el CBGC recomienda que deba preverse el manejo de las situaciones de conflicto de interés incluyendo la obligación de los directores afectados de ausentarse o inhibirse en las deliberaciones y en las votaciones sobre este tipo de situaciones u operaciones asociadas a éstas.

**Información al directorio.** “Se reconocerá expresamente el derecho del director con antelación suficiente la información concreta de los asuntos a tratar en las reuniones del directorio, así como la posibilidad de recurrir al posible auxilio de expertos externos o internos”. Es decir, el directorio tiene derecho a: 1) Recabar información por ejemplo, sobre cualquier aspecto de la compañía, examinar sus libros, registros, documentos, contactar con los responsables de los distintos departamentos y visitar las instalaciones; 2) Obtener y disponer de información acerca de los asuntos a tratar en cada sesión del directorio con antelación suficiente, y en forma debida.

**Retribución de los directores.** “Los estatutos recogerán las reglas para la fijación y transparencia de la retribución de los directores. La asamblea general de accionistas fijará la política de retribución, siempre previa propuesta razonada del directorio, que, como norma general, deberá contemplar mecanismos mixtos, vinculando una parte de la retribución a componentes variables en función del desempeño empresarial. La comisión de nombramientos y retribuciones fijará la retribución concreta de cada director”. El asunto está muy claro, más aún si se establece que la retribución de los directores será transparente y que el informe anual de gobierno corporativo incluya la información de la remuneración por todos los conceptos percibida por todos los directores.

**Presidente y vicepresidente del directorio** “El presidente del directorio y, en su caso, el vicepresidente deberán ser elegidos de entre los miembros externos del directorio y sus funciones y responsabilidades estarán fijadas en detalle en los estatutos sociales y el reglamento de régimen interno de organización y funcionamiento del directorio”. El Código

intentar introducir la doctrina del interés social en la región, al considerar, por ejemplo, al presidente y vicepresidente como miembros externos del directorio. El voto del presidente, está demás decir, es dirimente, salvo en caso de querer formar la mayoría ante la inexistencia de directores suplentes.

**Secretario del directorio.** “El directorio deberá nombrar un secretario que velará por la legalidad formal, material y estatutaria de las actuaciones del directorio y la observancia de los principios de buen gobierno”. El secretario garantiza que el directorio cumpla con la normativa legal y estatutaria, y de ser posible, llares la atención cuando se desvían de la normativa. En fin, de él depende el cumplimiento de los principios del Gobierno Corporativo en la empresa.

**Funciones y competencias del ejecutivo principal.** “Los estatutos fijarán las funciones y competencias del ejecutivo principal, que podrá ser director, y en todo caso, estará sujeto a su mismo régimen de responsabilidad”. En terminología ecuatoriana, se trata del representante legal de la empresa, judicial y extrajudicialmente. En caso de conflictos o controversias, representa a la empresa, llámese gerente, presidente o cualquier otro nombre.

**Convocatoria, comisiones y evaluación de actuación del directorio.** “El directorio deberá ser convocado periódicamente y siempre que lo requieran los intereses de la sociedad a instancia del presidente, del vicepresidente o de más de un director”. Corresponde al directorio crear comisiones con directores externos para ejercer ciertas funciones como auditoría y la de nombramientos y retribuciones, con el fin que el ejecutivo principal ni los representantes de los accionistas realicen presiones sobre el organismo de control interno. Uno de los datos importantes es que las operaciones con partes vinculadas deben ser autorizadas por el directorio, con informe y propuesta de la comisión de nombramientos y retribuciones, con una mayoría cualificada de, al menos, las tres cuartas partes de los miembros del directorio y deberán ser publicadas.

A pesar de lo novedoso de las propuestas del CBGC sobre el Directorio, la Doctrina Ecuatoriana<sup>308</sup> salió al paso del Código, al señalar motivadamente que muchas de las medidas ya estaban establecidas en la LC de esa época, como disposiciones expresas, relacionadas principalmente con el derecho y trato equitativo de los accionistas y a la Asamblea General de accionistas, y que algunas medidas no estaban acorde con la realidad del país, como aquella según la cual “las sociedades deben contar con un directorio compuesto por directivos internos, externos, dependientes e independientes. Esta estructura organizacional difícilmente se podría aplicar a las empresas ecuatorianas mayoritariamente de tipo empresa familiar.”

En primer lugar, la LC reglamenta todo lo relacionado con los principios de una acción un voto, de protección de los derechos de los accionistas minoritarios, de información y comunicación, quórum, etc.

**Principios de una acción un voto.** Los accionistas tiene derecho a: “Intervenir en las juntas generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho a voto, según los estatutos. La Superintendencia de Compañías controlará que se especifique la forma de ejercer este derecho al momento de tramitar la constitución legal de una compañía o cuando se reforme su estatuto. El accionista puede renunciar a su derecho a votar, en los términos del Art. 11 del Código Civil.” (Art. 207, No. 4). De otro lado, la LC también regulaba el tema de los accionistas preferenciales sin derecho a voto: “Las acciones preferidas no tendrán derecho a voto, pero podrán conferir derechos especiales en cuanto al pago de dividendos y en la liquidación de la compañía” (Art. 170). Incluso, se refiere a los accionistas con derecho al voto de acuerdo al capital suscrito: “Las acciones con derecho a voto lo tendrán en proporción a su valor pagado. Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar”. (Art. 210).

**Principio de protección de los derechos de los accionistas minoritarios.** Los accionistas de una compañía tiene derecho de preferencia en el aumento del capital social: “Gozar de

<sup>308</sup> RIBADENEIRA SUÁREZ, F. “Análisis del Proyecto de Código de Buen Gobierno Corporativo de la Corporación Andina de fomento frente la Legislación Societaria ecuatoriana”, Revista Jurídica UCSG, Guayaquil, 2005, Vol. 2, págs. 339-393.

preferencia para la suscripción de acciones en el caso de aumento de capital” (Art. 207, No. 6); y también cuando existe la posibilidad de transformación de la compañía en otro tipo de sociedad: “El acuerdo de transformación no podrá modificar las participaciones de los socios en el capital de la compañía. A cambio de las acciones que desaparezcan, los antiguos accionistas tendrán derecho a que se les asigne acciones, cuotas o participaciones proporcionales al valor nominal de las acciones poseídas por cada uno de ellos” (Art. 334). Frente a las decisiones de la Junta General, los accionistas minoritarios tienen derecho a apelar tal decisión: “En toda compañía anónima una minoría que represente no menos del veinticinco por ciento del total del capital pagado podrá apelar las decisiones de la mayoría” (Art. 249).

**Principio de información y Comunicación.** La LC se refiere a la información que los accionistas deben obtener de la compañía<sup>309</sup>.

Respecto a la información que se ofrece al accionista, la LC indica que: “Los socios podrán examinar los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social; pero los accionistas de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, sólo tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los balances generales, del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, de las memorias o informes de los administradores y comisarios, y de las actas de las juntas generales; asimismo, podrán solicitar la lista de accionistas e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas” (Art. 15).

**Principio del quórum.** La LC dispone que “las decisiones de las juntas generales serán tomadas por mayoría de votos del capital pagado concurrente a la reunión. Los votos en blanco y las abstenciones se sumarán a la mayoría numérica. Las normas del estatuto relativas a las decisiones de las juntas generales se entenderán referidas al capital pagado concurrente a la reunión” (Art. 241).

<sup>309</sup> La Ley de Mercado de Valores (LMV) de esa época se refería ya a la información que los inversores deben presentar al mercado, cuando existe oferta pública, así como al proceso de la misma: Ley de Mercado de Valores, Arts. 13-27, R.O. Suplemento 215, de 22-feb-2006.

**Principio de *Tag along*, o coventa.** Se trata de un asunto que, para la fecha en que se dio a conocer, causó polémica. En efecto, el CBGC, al igual que el CAGC, recomiendan que “Los estatutos de la sociedad no cotizada en bolsa deberán prever el derecho de coventa (*tag along*) de los accionistas minoritarios en el caso de operaciones que supongan el cambio de control de la sociedad”. Esto significa que debe darse prioridad a que los accionistas minoritarios para que realicen la venta de acciones. Pero la LC dispone como derecho de los accionistas (sin distinguir mayoritarios y minoritarios), “Negociar libremente sus acciones” (Art. 207 No.8). Esto implica, por un lado, al pie de la letra, que quien desee vender sus acciones debe contar con el consentimiento unánime de todos los socios, y que, si los mayoristas desean vender sus acciones, deben incluir a los socios minoritarios.

En segundo lugar, la LC desarrolla una normativa bastante completa respecto a la naturaleza, estructura y procedimientos inherentes a la Asamblea.

**La Asamblea General es el órgano supremo de la compañía:** “La junta general formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la compañía” (Art. 230) y, como funciones privativas tiene las que recomienda el CBGC y el CABGC: 1.- Nombrar y remover a los miembros de los organismos administrativos de la compañía; 2.- Conocer anualmente las cuentas, el balance, los informes; 3.- Fijar la retribución de los comisarios, administradores e integrantes de los organismos de administración y fiscalización; 4.- Resolver acerca de la distribución de los beneficios sociales; 5.- Resolver acerca de la emisión de las partes beneficiarias y de las obligaciones; 6.- Resolver acerca de la amortización de las acciones; 7.- Acordar las modificaciones al contrato social; y, 8.- Resolver acerca de la fusión, transformación, escisión, disolución y liquidación de la compañía (Cf. Art. 231).

**Régimen interno de organización y funcionamiento de la asamblea general.** El CBGC recomienda la existencia de un Reglamento interno para las Juntas General. La LC (Arts. 233-236, 245) establece los parámetros generales para el proceso de celebración de la Junta General y el Reglamento de Juntas (RJ)<sup>310</sup> lo hace de modo más concreto.

<sup>310</sup> Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías, Resolución No. 02.Q.DICQ.005, R.O. No. 558 de 18 de abril de 2002. Empero, el Reglamento fue reformado, mediante Resolución No. 14, Registro Oficial No. 371. 10-nov.-2014.

**Convocatoria y agenda de la asamblea.** “será convocada por la prensa, en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio principal de la compañía, con ocho días de anticipación por lo menos al fijado para su reunión, y por los demás medios previstos en los estatutos,...La convocatoria debe señalar el lugar, día y hora y el objeto de la reunión. Toda resolución sobre asuntos no expresados en la convocatoria será nula” (Art. 236),

**Información a los accionistas previa a la asamblea.** “Todo accionista tiene derecho a obtener de la junta general los informes relacionados con los puntos en discusión. Si alguno de los accionistas declarare que no está suficientemente instruido podrá pedir que la reunión se difiera por tres días. Si la proposición fuera apoyada por un número de accionistas que represente la cuarta parte del capital pagado por los concurrentes a la junta, ésta quedará diferida. Si se pidiera término más largo, decidirá la mayoría que represente por lo menos la mitad del capital pagado por los concurrentes. Este derecho no puede ejercerse sino una sola vez sobre el mismo objeto. No se diferirá la reunión cuando hubiere sido convocada por los comisarios con el carácter de urgente”

**Participación de accionistas en la asamblea.** El Reglamento a Juntas vigente a la fecha era muy explícito y detallista sobre la forma cómo debe realizarse la junta y la participación de los accionistas (Arts. 8-26).

**Delegación del voto.** El Reglamento a Juntas citado, disponía: “Los socios o accionistas podrán hacerse representar en la junta general por otra persona, mediante poder general o especial, incorporado a instrumento público o privado” (Art. 15).

**Presencia de ejecutivos y asesores externos en la asamblea.** El referido reglamento señalaba: “Podrá el socio o accionista asistir a la junta acompañado, en total, de dos asesores legales o económico-financieros, pero ninguno de estos podrá intervenir en las discusiones que promovieren durante la reunión, ni votar en ellas a nombre de su asesorado” (Art. 16 inc. 2).

Otros aspectos desarrollados por la LC y que son recomendaciones del Código:

**La compañía tiene la obligación de llevar contabilidad.** No todas las sociedades están obligadas, pero la SuperCias se establece los principios contables que deben aplicarse: “El Superintendente de Compañías determinará mediante resolución los principios contables que se aplicarán obligatoriamente en la elaboración de los balances de las compañías sujetas a su control” (Art. 294).

**Nombramiento de directores.** El CBGC nada dice sobre los impedimentos. Pero los críticos indican que debe seguirse el criterio de la LC: “No pueden ser administradores de la compañía sus banqueros, arrendatarios, constructores o suministradores de materiales por cuenta de la misma” (Art. 258). Es más. Los familiares, desde el segundo grado de afinidad y tercero de consanguinidad no deben ser parte del directorio.

**Cese de los directores.** La LC sí lo contempla: “...La junta general ordinaria podrá deliberar sobre la suspensión y remoción de los administradores y más miembros de los organismos de administración creados por el estatuto, aun cuando el asunto no figure en el orden del día” (Art. 234).

Una de las lagunas del CBGC es que nada dice sobre la diferencia remoción y cese: la remoción es en realidad una pena o castigo por incumplimiento de funciones; la segunda, por haberse concretado una condición previamente propuesta, como el haber cumplido el plazo de su ejercicio.

Por otro lado, algunos estuvieron de acuerdo que las sociedades ecuatorianas tenían que ponerse al día en cuanto al movimiento de gobierno corporativo existente en esta época. De ahí que se aceptaron como excelentes recomendaciones las siguientes:

**Principio de información y de Comunicación.** La LC es muy limitada a la hora de establecer el alcance del principio de información y comunicación, pues se la entiende solamente como consulta de los libros: “Los socios podrán examinar los libros y documentos



de la compañía relativos a la administración social; pero los accionistas de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, sólo tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los balances generales, del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, de las memorias o informes de los administradores y comisarios, y de las actas de las juntas generales; asimismo, podrán solicitar la lista de accionistas e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas” (Art. 15). Amerita una reforma que promueva la presentación de información que requieran los socios, plantear cuestiones de interés corporativo o asociadas a su condición de accionista, sin privilegiar a ningún accionista.

**Página Web de las compañías.** La LC no contemplaba la posibilidad de que las empresas, grandes o pequeñas, cuenten con una página web corporativa, para crear un espacio de participación y de información entre los accionistas y el mercado.

**Remuneración a directores.** Es preciso que la Junta acoja esta prerrogativa. Claro que no es una facultad privativa, pero debe constar en los estatutos sociales de la compañía.

**Derecho de convocatoria de los socios.** El Código señala que “Las sociedades determinarán estatutariamente el derecho de los accionistas que representen una participación significativa del capital social a promover la convocatoria de una asamblea general de accionistas, que deberá celebrarse en un plazo razonable y respetando íntegramente la agenda propuesta por los promotores”. Este derecho es factible, de acuerdo con nuestra legislación. E Reglamento a Juntas comentado; empero, pierde el tiempo señalando que la convocatoria la hace, por orden de prelación, el Superintendente (Art. 5 ss) o funcionarios delegados, o, en caso de urgencia, lo podrían hacer los comisarios (Cf. LC Art. 237). Si existe la mitad del capital pagado, la Junta se puede instalar (LC Art. 237). Más práctico es la recomendación del Código.

**Utilización de medios para convocatoria y toma de decisiones** “Se fomentará la utilización de medios electrónicos, tanto para la emisión del voto a distancia de los accionistas sobre los puntos del agenda”. La recomendación es de avanzada, pues la legislación ecuatoriana no

contemplaba en ese momento la posibilidad de tal mecanismo. Le corresponde al directorio establecer mecanismos necesarios para computar como presentes a los accionistas que emitan su voto a distancia.” El Código está pensando en la videoconferencia, para que los accionistas sigan al detalle la Junta General y de ser posible realicen su votación.

Por último, se consideró muy útil que los siguientes tipos de empresas asumieran la figura corporativa del Directorio: sociedades anónimas, compañías de economía mixta, bancos e instituciones financieras, cualquier compañía que opere cualquier tipo de instrumentos de financiamiento público o privado a través del mercado de valores. No seríamos los primeros, por cuanto la Ley de Sociedades Anónimas de Chile lo exige, y , a nivel de instituciones financieras ecuatorianas, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (Art. 30) de ese entonces lo requería, tal como lo hemos anotado supra, aunque en la actualidad esta disposición se encuentra derogada.

#### **4.1.3 Después de la asunción del Código de Buen Gobierno Corporativo**

Las primeras aplicaciones del CBGC en el Ecuador fueron timoratas. Y empezó en el campo del mercado de valores. La Codificación de la Ley de Mercado de Valores, R.O. No. 215, 22 de febrero de 2006 (modificado el 13 de diciembre de 2008)<sup>311</sup>, estableció una serie de medidas para garantizar la transparencia en la información que los inversores deben ofrecer al mercado. La Ley se refiere a la información relevante y privilegiada: 1) Para garantizar la transparencia del mercado, el inversor debe presentar el documento denominado prospecto, aprobado por la Superintendencia de Compañías y declarado bajo juramento, que contiene las características concretas de los valores a ser emitidos y los datos e información relevantes respecto del emisor que, aunque no es obligatoria, influye positiva o negativamente en el mercado; 2) Las entidades registradas deberán divulgar en forma veraz, complementa, suficiente y oportuna todo hecho o información relevante respecto de ellas, que pudieren afectar positiva o negativamente su situación jurídica, económica o su posición financiera o la de sus valores en el mercado, cuando éstos se encuentren inscritos en el Registro del

<sup>311</sup> Actualmente la Ley se encuentra derogada. En su reemplazo se aprobó el Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores, R.O. Suplemento No. 215, 22-feb-2006, modificado el 18 de abril de 2017.

Mercado de Valores; 3) Se entiende por información privilegiada el conocimiento de actos, hechos o acontecimientos capaces de influir en los precios de los valores materia de intermediación en el mercado de valores, mientras tal información no se haya hecho del conocimiento público. Los miembros del Consejo Nacional de Valores (CNV)<sup>312</sup> y los funcionarios de la Superintendencia de Compañías, que tengan acceso a información privilegiada, en especial sobre adquisición y enajenación, estarán obligados a guardar estricto sigilo sobre ella, bajo las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar de conformidad con la ley. Se les prohíbe emplear la información privilegiada para favorecer a terceros (Arts. 14 al 17).

La Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, R.O. No. 498, 31 de diciembre de 2008 (modificada el 10 de mayo 2011), creó dos organismos públicos de dimensiones corporativas: El Directorio del Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano (Art. 2), y la Corporación del Seguro de Depósitos (Art. 13). Ambos organismos corporativos eran independientes y externos a los ministerios del ramo y a las instituciones del sistema financiero, con autonomía administrativa y operativa y estructura organizacional propia.

En efecto, el primero contaba con un Directorio, cuyos miembros eran las autoridades máximas de los entes de control financiero; un Presidente, elegido entre sus miembros; y, la Secretaría Técnica y que suponían la existencia de un presidente y dos vocales. La Ley establece medidas que rezuman a gobierno corporativo: al Directorio le corresponde reglamentar el funcionamiento del Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano y expedir los manuales operativos y dictar las políticas de carácter general que regirán sus actividades; el quórum requerido para la instalación del Directorio será de la mitad más uno de sus integrantes y las decisiones deben ser tomadas por la mitad más uno de los miembros asistentes a la reunión. El Presidente del Directorio tendrá voto dirimente en caso de empate. La convocatoria a reunión del Directorio la realizará su Presidente por iniciativa propia o a pedido de al menos tres de sus integrantes.

<sup>312</sup> Actualmente reemplazada por la Junta de Regulación de Política Monetaria y Financiera.

De otro lado, el segundo organismo corporativo tenía como objeto administrar el sistema de seguro de depósitos de las instituciones del sistema financiero privado establecidas en el país, su Directorio lo integraban tres miembros: el Presidente, que será designado por el Ministerio de Finanzas<sup>313</sup> y, dos vocales, uno nombrado por la Junta Bancaria y otro por el Directorio del Banco Central del Ecuador. La administración de la Corporación del Seguro de Depósitos estará a cargo del Gerente General, quien ejercerá la representación legal de la institución.

El tema de la transparencia de información tocó las puertas de las compañías mercantiles sujetas a la Superintendencia de Compañías. La Ley Reformatoria de la Ley de Compañías (LRLC)<sup>314</sup>, intentó identificar al “representante legal de las empresas extranjeras con acciones o participaciones en empresas nacionales”<sup>315</sup>. En efecto, existía un doble problema: por un lado, todas las sociedades sin excepción, civiles (en comandita simple, en nombre colectivo) y mercantiles (de responsabilidad, anónimas, mixtas) tenían como socios o accionistas a personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeros; por otro lado, los socios y accionistas de las empresas nacionales eran identificables, pero no lo eran los de las compañías extranjeras.

La LRLC cortó de tajo el primer problema: las compañías de nombre colectivo y de comandita simple, dedicadas al comercio, solamente pueden constituirse entre personas naturales, no debiendo asociarse con ninguna persona jurídica o empresa (Arts. 2-4); en cambio, la compañía de responsabilidad limitada y la compañía anónima, pueden constituirse entre personas naturales y jurídicas e incluso, una empresa extranjera puede ser socias de una compañía ecuatoriana cuyos capitales estén representados por acciones, participaciones o partes sociales nominativas, esto es, emitidas a favor o a nombre de sus miembros, más no al portador (Arts. 5 y 10 ).

<sup>313</sup> Actualmente se denomina Ministerio de Economía y Finanzas.

<sup>314</sup> Ley Reformatoria a la Ley de Compañías, R.O No. 591, 15-may-2009.

<sup>315</sup> MERCHÁN HELOU, M. *Análisis a la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías y su implicación en el sector empresarial ecuatoriano*, Registro Oficial N° 591 Quito, viernes 15 de Mayo del 2009, Quito, 2010, pág. 109.

En cambio, el segundo problema, de la transparencia de información de las compañías extranjeras presentes como socias o accionistas en las compañías nacionales, precisó de la expedición de un Instructivo, por parte de la Superintendencia de Compañías, el 7 de septiembre de 2009, que exige, por parte de la empresa extranjera, tres tipos de información: General, específica y anual:

**Información general:** Datos de la compañía nacional con inversores extranjeros, sean personas naturales o jurídicas; número del expediente en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros nombre y cargo del representante legal de la compañía nacional.

**Información específica:** A través de una serie de documentos entregados a la Compañías, Valores y Seguros, durante el mes de diciembre de cada año, como: certificación extendida por la autoridad competente del país de origen en la que se acredite que la sociedad en cuestión se encuentra legalmente existente en dicho país; lista completa de todos sus socios, accionistas o miembros, con indicación de sus nombres, apellidos y estados civiles, si fueren personas naturales, o la denominación o razón social, si fueren personas jurídicas y, en ambos casos, sus nacionalidades y domicilios, suscrita y certificada ante Notario Público por el secretario, administrador o funcionario de la prenombrada sociedad extranjera, que estuviere autorizado al respecto, o por un apoderado legalmente constituido. La certificación antedicha deberá estar apostillada o autenticada por Cónsul ecuatoriano, al igual que la lista referida si hubiere sido suscrita en el exterior.

**Información Anual:** Obligación del representante legal de la compañía anónima presentar en el mes de enero de cada año a la Superintendencia de Compañías: la nómina de las compañías extranjeras que figuraren como accionistas suyas, con indicación de los nombres, nacionalidades y domicilios correspondientes; fotocopias notariadas de las certificaciones y de las listas mencionadas relativas a la información específica (Cf. LRLC, Art. 14).

La Ley Reformatoria, además, sale al paso ante la asistencia poco seria de las empresas extranjeras a las Juntas Generales Ordinarias: Si durante el primer trimestre del año no

presenta la información anual, no pueden concurrir ni votar en la Junta. Y, si durante dos años consecutivos no lo cumple, podrá ser separada de la compañía (Art. 13).

Por último, la empresa extranjera que fuere accionista de una compañía anónima ecuatoriana y que estuviere registrada en una o más bolsas de valores extranjeras, en vez de la lista completa de todos sus socios, accionistas o miembros, mencionada en el inciso anterior, deberá presentar, en la misma forma, una declaración juramentada de tal registro y del hecho de que la totalidad de su capital se encuentra representado exclusivamente por acciones, participaciones o títulos nominativos.

Las disposiciones de la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías hicieron eco en el campo de la transparencia de información de las compañías en la contratación pública, a través de los decretos ejecutivos 1793 y el 1823 del 2009.

El decreto ejecutivo No. 1793, 20 de junio de 2009 apunta a la transparencia de información de las empresas nacionales con accionistas extranjeros, y que contratan con el Estado, so pena de descalificación inmediata como contratistas, en tres circunstancias: 1) identificación de socios extranjeros: “Será requisito previo a la calificación como proveedor y habilitación como oferente de una persona jurídica la determinación clara de sus accionistas, partícipes o asociados sean persona naturales o jurídicas, e inclusive ellas” (Art. 1. I); 2) Socios extranjeros con domicilio en paraísos fiscales: “Si en la determinación de los accionistas, partícipes o asociados o cualquier forma de participación se llegare a determinar que tienen la calidad de personas jurídicas con domicilio en los denominados paraísos fiscales determinados por el Servicio de Rentas Internas de la República del Ecuador” (Art. 1, I); 3) Falta de autorización estatal de transferencia de acciones: “la falta de autorización de la entidad contratante de la transferencia, cesión, capitalización, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital de la persona jurídica o consorcio contratista del Estado” (Art. 1. II).

El decreto ejecutivo No. 1823, R.O 632, 13 de julio de 2009, restringe a las empresas extranjeras el requerimiento de una justicia transnacional. En efecto, el decreto declara

terminado el convenio con el Centro Internacional sobre Arreglo de diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)<sup>316</sup>, señalando como centros de resolución de controversias a tribunales de arbitraje regionales, pertenecientes a la Alianza Bolivariana para los pueblos de Nuestra América (ALBA)<sup>317</sup> y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)<sup>318</sup>, organismos internacionales, hoy, prácticamente inoperantes en la región.

Aparte de la normativa precedente, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado<sup>319</sup>, teniendo en la mira el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible, aporta con criterios legales respecto al mercado, y que el gobierno corporativo de las empresas deben tener presente, sobre todo en el área de gerencia y de los organismos internos que establecen y dirigen la relación comercial con los proveedores y clientes<sup>320</sup>. La Ley desarrolla los criterios de la constitución referente a la responsabilidad de las sociedades civiles y mercantiles en el mercado. En efecto, la Carta Magna (2008) dictamina que corresponde al Estado: promover el acceso equitativo a los factores de producción, evitando la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, la redistribución y supresión de privilegios o desigualdades en el acceso a ellos (Art. 334, n. 1); regular, controlar e intervenir, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas, definir una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia

<sup>316</sup> El CIADI es una Institución del Grupo del Banco Mundial. Se trata de una instancia de resolución de controversias relacionadas con las inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros estados contratantes, a través de los mecanismos de conciliación o de arbitraje. EL Secretario General del CIADI es su representante legal.

<sup>317</sup> El 23 de agosto de 2018, Ecuador declara oficialmente su salida del ALBA, en desacuerdo con la indiferencia del presidente de Venezuela, Nicolás Maduro, ante el éxodo masivo de venezolanos. Hoy, se denomina ALBA-TPC: Alianza Bolivariana para los pueblos de Nuestra América-Tratado de Comercio de los Pueblos, reducido a los países de Cuba, Nicaragua, Venezuela y Bolivia.

<sup>318</sup> La UNASUR aglutinaba a todos los países de Suramérica. El Ecuador abandonó oficialmente el organismo el 13 d marzo del 2019. Otros países suspendieron su permanencia por tiempo indefinido.

<sup>319</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado R.O No. 555, 13-oct- 2011.

<sup>320</sup> PAREDES HERRERA, G. *Análisis de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Afectación en el Marketing, y Determinación de su Conocimiento por parte de los Estudiantes de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Tecnológica Equinoccial*, Universidad Técnica Equinoccial, Quito, 2014, págs.8-16. Posterior a la Ley, se expide: Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 555, de 13 de octubre de 2011; Resolución 002 de la Junta De Regulación De la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 132 de miércoles 27 de noviembre de 2013.

desleal (Art. 335); impulsar y velar por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, promoviendo la reducción de las distorsiones de la intermediación y promoción de su sustentabilidad, asegurando de esta manera la transparencia y eficiencia en los mercados, mediante el fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante Ley (Constitución., Art. 336).

En este sentido, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado parte de una premisa fundamental: las empresas deben buscar el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios. Por ello, busca: 1) evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; 2) prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; 3) control y regulación de las operaciones de concentración económica; 4) prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados (Art. 1).

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado llama “operador del mercado”, a toda sociedad, civil o mercantil, que realice actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, o fuera de él y que de alguna manera pueda producir efectos perjudiciales en el mercado nacional (Cf. Art. 2). En el marco de la transparencia de información hacia los accionistas, la ley de alguna manera protege a los inversores minoritarios, por cuanto prohíbe prácticas, como por ejemplo, las operaciones de concentración económica, o “...cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como: a) La fusión entre empresas u operadores económicos. b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante. c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma. d) La vinculación mediante administración común. e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue



el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico” (Art. 14).

Sin embargo, fue la normativa del sector financiero el que de forma expresa abogaba por la adopción del gobierno corporativo en los bancos y empresas de seguros, a través de las Resoluciones 2073 y 2248 de la Junta Bancaria (actual Junta de Regulación de Política Monetaria y Financiera), pues, siguiendo la Comité de Basilea, el gobierno corporativo, en el sector bancario y de seguros, se refiere a la manera en la que el consejo de administración y la alta gerencia dirigen las actividades y negocios del banco y de la compañía de seguros. La Resolución No. JB-2011-2073, 15-nov-2011 establecía los principios de un buen gobierno corporativo para las Instituciones del Sistema Financiero. La Resolución No. JB-2012-2248, 26-jul-2012, tipificaba también los principios de un buen gobierno corporativo, pero para las compañías de seguros y compañías de reaseguros.

En ambas resoluciones los principios que establecía la Junta Bancaria sobre gobierno corporativo son los mismos. Solo cambia la referencia a los bancos o a las empresas de seguros y reaseguros.

En líneas generales se considera necesario la adopción del gobierno corporativo por varios motivos, entre los que se tienen: 1) La calidad del gobierno corporativo es un factor de desarrollo y cumplimiento de los objetivos estratégicos de cualquier entidad, siempre y cuando genere condiciones de elevada institucionalidad y permita una gestión eficiente y efectiva; 2) los progresos alcanzados en la adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo de las empresas o la aplicación de las condiciones de orden institucional en otras organizaciones, ha constituido el aspecto diferenciador de administraciones exitosas; 3) la falta de buenas prácticas en el gobierno corporativo es un factor crítico en las crisis del sector financiero; 4) el gobierno corporativo involucra un conjunto de relaciones entre la gerencia de la compañía, su junta directiva, sus accionistas, empleados, otras partes interesadas y las integrantes de un grupo financiero; 5) el gobierno corporativo proporciona la estructura a través de la cual se establecen los objetivos de la entidad y se determinan los medios para lograr esos objetivos y el monitoreo del desempeño.

Para la Junta Bancaria, la adopción del gobierno corporativo debe tener un plus para estas sociedades y consiste en proporcionar incentivos adecuados para que la junta y la gestión actúen de acuerdo a los intereses de la institución y sus accionistas; por lo que el buen gobierno corporativo debe ser una manifestación de la voluntad de la persona jurídica, para establecer un conjunto de principios que permitirán el cumplimiento de sus objetivos para convertir a la entidad en una organización segura, viable y competitiva que permita dar garantías a todos los grupos de interés, incluyendo su incidencia en la comunidad.

Los bancos y compañías de seguros y reaseguros deben incorporar en sus estatutos y reglamentos, manuales de políticas internas y en la estructura organizacional, lo siguiente: 1) los derechos y deberes mínimos que tienen los miembros del directorio: diligencia, lealtad, comunicación y tratamiento de los conflictos de interés, la no competencia, secreto, uso de activos y derecho a la información ; 2) políticas generales de la junta general de accionista o asamblea general de asociados 3) los órganos de control deben ser: comité de auditoría, comité de administración integral de riesgos, comité de retribución, comité de ética y comité de cumplimiento; 4) El código de ética deberá contener valores y principios éticos que afiancen las relaciones con los accionistas, con los clientes, con los empleados, con los proveedores de productos o servicios y con la sociedad; de tal manera que se promueva el cumplimiento de los principios de responsabilidad social, tales como: cumplimiento de la ley, respeto a las preferencias de los grupos de interés, transparencia y rendición de cuentas; 5) la revelación de la información y los mecanismos apropiados para cada grupo de interés, debe cubrir adecuadamente el concepto de rendición de cuentas y las oportunidades de participación, de tal modo que la información debe difundirse de una manera accesible y precisa y deberá comprender; 5) El directorio es el encargado de emitir las políticas y los procesos que permitan ejecutar las disposiciones de los estatutos o reglamentos, así como otras disposiciones que permitan garantizar un marco eficaz para las relaciones de propiedad y gestión, transparencia y rendición de cuentas; 6) Los mecanismos de difusión de las instituciones del sistema financiero deberán otorgar las facilidades correspondientes para que los accionistas o asociados puedan realizar preguntas sobre la información que se hubiere difundido, tanto de aquella relacionada con la condición financiera de la entidad, informes

de auditoría interna, externa y el informe relacionado con la rendición de cuentas de los miembros actuales del directorio u organismo que haga sus veces, gestión de riesgo, conflictos de interés detectados, informes de cumplimiento del comité de ética. Estos mecanismos deberán ser accesibles y permitir plantear consultas sobre las cuestiones que serán sometidas a decisión, sin dejar de observar las limitaciones razonables e implementación de procesos de autenticación que ofrezca las seguridades debidas de la información a difundir.

La Resolución dispone también, como elemento de avanzada, en base al principio de transparencia, que la información debe difundirse de modo objetivo y homogéneo, a través de la página *Web* de la institución financiera, en un *link* que lleve por título “Indicadores de gobierno corporativo”, que debe contener información, por ejemplo, acerca de: conformación del capital, participación en la junta o asamblea general de accionistas o asociados; conformación del directorio o del organismo que haga sus veces, participación de los miembros del directorio o del organismo que haga sus veces en los comités: auditoría, riesgos, cumplimiento, ética, retribuciones; fortalecimiento de la capacidad institucional; funcionamiento del directorio o del organismo que haga sus veces, nivel de gastos invertidos en el directorio o en el organismo que haga sus veces; usuarios de los servicios financieros; características del equipo gerencial, nivel de remuneraciones; características de los empleados de la entidad, capacitación, etc.

El Código Orgánico Monetario y Financiero<sup>321</sup>, hace referencia al gobierno corporativo en puntos claves de las instituciones financieras. Por ejemplo: 1) Los organismos de control están obligados a efectuar un proceso de supervisión permanente, *in situ* y *extra situ*, a las entidades financieras, que permita determinar...el adecuado marco del gobierno corporativo (Art. 280); 2) el auditor interno, además de vigilar la operación de los sistemas de control interno y el cumplimiento de las resoluciones de los organismos de control, de la Junta General de Accionistas, del directorio o de los organismos que hagan sus veces, emitirá opinión sobre el adecuado funcionamiento del gobierno corporativo (Art. 230); 3) la supervisión preventiva consiste, entre otras cosas, como de muy bajo o bajo perfil de riesgo,

<sup>321</sup> Código Orgánico Monetario y Financiero, R.O. No. 332, 12-sept-2014.

cuya calidad de gobierno corporativo se considera suficientes para el tamaño y complejidad de sus operaciones y no generan una preocupación significativa para el supervisor (Art. 281); 4) Supervisión correctiva se aplica a las entidades financieras como de perfil de riesgo medio, cuya calidad de gobierno corporativo o de gestión de riesgos evidencian debilidades de moderadas a significativas frente al tamaño y complejidad de sus operaciones y que ameritan un estricto seguimiento de las recomendaciones del supervisor (Art. 282); 5) la supervisión intensiva, entre otras cosas, es la supervisión que se aplica como de perfil de riesgo alto y crítico, entendiéndose como tales a aquellas entidades cuya condición de calidad de gobierno corporativo o cooperativo se consideran de inadecuadas a deficientes para el tamaño y complejidad de sus operaciones, que requieren mejoras significativas o que presentan perspectivas claras de incumplir los requerimientos mínimos de solvencia o los han incumplido.

Como se puede observar, la normativa ecuatoriana, a partir de 2008, basan sus recomendaciones siguiendo las directrices de la Constitución actual. La posibilidad de un gobierno corporativo en las empresas pasa, pues, por el tamiz constitucional.

#### **4.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL: POSIBILIDAD DEL GOBIERNO CORPORATIVO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DE 2008**

Las leyes de un Estado deben proteger, promover y facilitar el crecimiento de las sociedades mercantiles para que logren sus objetivos. El gobierno corporativo presupone la existencia de una sociedad con libertad de mercado, con una intervención estatal de vigilancia y de control que permitan a las empresas realizar sus actividades y lograr sus objetivos. En este sentido, el Estado, a través de sus leyes, debe propiciar la adopción e implementación del gobierno corporativo en las empresas privadas y públicas. Por ello, en la Constitución, deben estar presentes los principios y garantías que permitan la existencia de las sociedades, su pleno desenvolvimiento, que alcance sus objetivos económicos y les permita organizarse de tal modo que alcancen la excelencia en buena gobernanza. Los principios de Gobierno Corporativo presentes en los Lineamientos de la OCDE y en las Medidas y Recomendaciones del CAGC, dejan entrever que la adopción e implementación de la buena gobernanza en las

empresas presuponen en los Estados una constitución y leyes que protejan, promuevan y faciliten la libertad de mercado, trabajo, empresa e inversión, que las sociedades civiles y mercantiles dedicadas al mercado tengan la libertad de constituirse y estructurarse según los principios del buen gobierno corporativo. En fin, un Estado promotor de la economía.

La Constitución Política de 1998 estaba inspirada en la economía de mercado<sup>322</sup>, y, por lo mismo, expresamente garantizaba derechos como: 1) la libertad de empresa con sujeción a la ley, 2) el derecho a la propiedad (Art. 23, nn.16 y 23), 3) la libre competencia dentro de un sistema de economía social de mercado al disponer que “el Estado estará obligado a “Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen” (Art. 244). Era obligación de Estado preservar el crecimiento sustentable de la economía y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo (Art. 3, n.4).La constitución daba libertad a la normativa secundaria para que establezca conductas no necesariamente monopólicas, como los acuerdos comerciales restrictivos (Art. 141). En este sentido, las normas de competencia pasaron a ser un derecho de todos y no solo de los empresarios “en donde se resuelven problemas y se protegen derechos de otros actores económicos”<sup>323</sup>

La pregunta es: ¿La Constitución ecuatoriana de 2008 posee principios y garantías que promuevan y faciliten la adopción e implementación del gobierno corporativo en las empresas privadas? La respuesta pasa por la consideración de la visión económica que tiene la actual Constitución.

Pues bien, aunque la Carta Magna no contempla en forma expresa, en ninguno de sus artículos, el principio de “la libertad de empresa con sujeción a la Ley” de la Constitución de 1998 (Art. 23 No.16), sí garantiza la libertad de empresa y la libre competencia y de

<sup>322</sup> Constitución Política de la República del Ecuador 1998 (Derogada), Registro Oficial No. 1, de 11 de agosto de 1998.

<sup>323</sup> DEFAZ VALAREZO, M. “Los fines de las políticas públicas y legislación de competencia. Algunas observaciones de utilidad para el caso ecuatoriano.” Temáticas especiales de Derecho Económico. Serie de estudios jurídicos de la Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador y la Corporación Editora Nacional, 2003, Página 199

contratación, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental (Art. 66, nn. 15 y 16). En este sentido, la actual constitución no niega la libertad de mercado, tampoco la afirma, pero pone énfasis en una economía social y solidaria. Y es desde esta óptica normativa que debe comprenderse las disposiciones de la Constitución en relación a la política económica, comercial y financiera, las inversiones, la libertad de mercado, el control de las empresas, la propiedad, la solución de conflictos, y, por supuesto, el tipo de gobierno corporativo para Ecuador.

### **Economía Social y Solidaria**

“El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.” (Const., Art. 281).

El precepto constitucional afirma que: 1) la Economía del país es Social y Solidaria<sup>324</sup>; se trata de un sistema alternativo, frente al sistema libre de mercado; 3) El eje central es el trabajo del hombre, la sociedad y no el capital; 4) La competencia y maximización de la ganancia del mercado están supeditadas a la solidaridad como un valor por encima de ellos; 5) debe existir armonía entre sociedad, Estado y mercado; 6) su objetivo es la producción y reproducción material e inmaterial; 7) este nuevo sistema de economía debe hacer posible el buen vivir.

Lo “social” de la economía ecuatoriana debe entenderse en tanto en cuanto no sólo se contempla a la empresa privada como la única forma de producción, sino también a las demás formas de organización social que también “producen”, a saber: comunitarias, cooperativas, empresas públicas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas (Cf. Const., Art. 319). Todas estas formas de producción deben asegurar el buen vivir de la población; de lo

<sup>324</sup> “Es un sistema económico cuyo funcionamiento asegura la base material integrada a una sociedad justa y equilibrada i) es un proyecto de acción colectiva (incluyendo prácticas estratégicas de transformación y cotidianas de reproducción) dirigido a contrarrestar las tendencias socialmente negativas del sistema existente, con la perspectiva –actual o potencial- de construir un sistema económico alternativo”: CORAGGIO, J. *Economía Social y Solidaria*, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011, pág. 381.

contrario, el Estado “desincentivaré aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional” (Const., Art. 319 inc. 2)

Lo “solidario” hace referencia a las diversas formas de organización de los procesos de producción que deben promover una gestión participativa, transparente y eficiente e incluye los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios (Art. 283, inc 2). El *quid* de las actividades económicas no sólo es el lucro, sino también el pensar en el hombre, su familia, el barrio, la comuna, en su bienestar material e inmaterial, y, en este sentido, se sujetará a principios y normas de calidad, sostenibilidad, productividad sistémica, valoración del trabajo y eficiencia económica y social (Const., Art. 320).

### **Política económica y comercial**<sup>325</sup>

Sin dejar su aspecto social y solidario, la política económica tiene objetivos específicos,: 1) Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional; 2) Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémica, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional; 3) Asegurar la soberanía alimentaria y energética; 4) Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas; 5) Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural; 6) Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales; 7) Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo; 8) Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes (Const., Art. 284).

<sup>325</sup> La política fiscal se regula en los artículos 285, 286, 287 y 288; el régimen tributario, en los artículos 300 y 301, mientras que la política monetaria, cambiaria, crediticia y financiera se desarrolla en los artículos 302 y 303 de la Constitución.

En cuanto a la política comercial, el Estado apuesta por las exportaciones ambientalmente responsables, con preferencia de aquellas que generen mayor empleo y valor agregado, y en particular las exportaciones de los pequeños y medianos productores y del sector artesanal, y promueve las importaciones necesarias para los objetivos del desarrollo y desincentivará aquellas que afecten negativamente a la producción nacional, a la población y a la naturaleza (Art. 306). La constitución puntualiza que los contratos celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia de éstas a toda reclamación diplomática, salvo contrataciones que correspondan al servicio diplomático. El Estado establece como objetivos de la política comercial lo siguiente: 1) Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo; 2) Regular, promover y ejecutar las acciones correspondientes para impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial; 3) Fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales; 4) Contribuir a que se garanticen la soberanía alimentaria y energética, y se reduzcan las desigualdades internas; 5) Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo; 6) Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

### **Libertad de mercado y abuso del poder de mercado**

El mensaje que da la Constitución es que la libertad de mercado está supeditada a las normas que establezca el Estado, en función de lo social y solidario. El Estado está en la obligación de regular, controlar e intervenir “en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal” (Const., Art. 335).

La nueva Constitución menciona cuatro grupos de conductas económicas irregulares: conductas monopólicas, oligopólicas, de abuso de posición dominante, y de competencia



desleal, realidades que un buen gobierno corporativo presupone que no deben practicar las empresas.

“Monopolio es cuando una empresa se encuentra sola en el mercado y enfrenta toda la demanda. “Al enfrentar sola toda la demanda decide qué cantidad de bienes producir; así, su voluntad es la que determina el precio”<sup>326</sup>. Sin embargo, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece que se admite al monopolio estatal, como una restricción a la competencia, justificando la misma por el interés público (Art. 28 No. 1). Con todo, cuando “es el Estado que monopoliza una actividad productiva, su régimen jurídico por lo general se confunde con el resto de la actividad administrativa o estatal en general. Si alguna se rige por el derecho privado, esto es razón suficiente para no denominarlos servicios públicos. (...) Distinguiremos según que el monopolio sea espontáneo –fruto del mercado-, o nacido de una determinación estatal de atribuirlo bajo tales condiciones legales a una entidad privada, por concesión o licencia de servicio público, lo cual supone una decisión legislativa –que no siempre existe-”<sup>327</sup>

El oligopolio es la competencia entre unos pocos, sea que las empresas compiten entre sí y se comportan como rivales (oligopolio no colusivo), o cuando las empresas llegan a acuerdos que redundan en mayores beneficios para la industria en su conjunto (oligopolio colusivo o cooperativo). Dentro de los modelos de oligopolio no colusivo, existen situaciones en que todas las empresas toman las decisiones al mismo tiempo (juegos simultáneos) y, por tanto, cada empresa toma la decisión imaginando la conducta de su rival. Otras veces, hay una empresa que toma primero la decisión, y el resto de las empresas deciden después (juegos consecutivos)<sup>328</sup>.

<sup>326</sup> VELANDIA, M. *Derecho de la competencia y del consumo*, 2da edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pág. 33

<sup>327</sup> GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, 4ta edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, pág. 12.

<sup>328</sup> SAINZ DE ABAJO, B. *Propuesta de un modelo de regulación ex ante para la mejora de las condiciones de competencia en los nuevos mercados de distribución de contenidos digitales*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2010, pág. 31.

El abuso de posición de dominio con la “la posibilidad de determinar directa e indirectamente las condiciones de un mercado”<sup>329</sup> en perjuicio de otras empresas. De otro lado, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado considera práctica “desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras” (Art. 25).

La norma constitucional actual modifica la redacción de la norma constitucional de 1998, y, “aunque en el segundo inciso no se deja muy clara la sanción de otras prácticas restrictivas de la libre competencia, y únicamente se observa el tipo abierto para las conductas de competencia desleal, la deficiencia se subsana a nuestro criterio, al establecer en el primer inciso que el Estado regulará ‘toda forma de perjuicio a los derechos económicos’. Es decir, puede darse una amplia gama de conductas que por objeto o por efecto limiten los derechos económicos de los agentes del mercado”<sup>330</sup>

### **Libertad de empresa y de competencia**

Ahora bien, existen temas preocupantes en el artículo anterior relativos a las prerrogativas del Estado para regular con normas secundarias el mercado<sup>331</sup>, pues, según la norma constitucional, el Estado está obligado a tres cosas: controlar, intervenir y sancionar al mercado. ¿Hasta qué punto beneficia o no al gobierno corporativo de las empresas el que el Estado controle, intervenga y sancione las actividades mercantiles?

Por un lado, es innegable que “El Estado es un agente del mercado. Los problemas de distribución, eficiencia y equidad surgen cuando el Estado toma para sí las funciones que son del mercado, y busca suplir, por la vía de la planificación centralizada y la administración de precios, las transacciones que de otra forma hallan su equilibrio en las decisiones de los

<sup>329</sup> LOZANO, M. “Prácticas comerciales restrictivas de la competencia transfronterizas: hacia una solución internacional”., Revista en CEDEC II, Colección Seminarios, N. 8, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, Bogotá, 2002, pág. 130.

<sup>330</sup> GUILLEN BRIONES, M. “El derecho de la competencia”, Revista Jurídica de Derecho Económico de la Universidad de Guayaquil, Tomo 2, octubre-2010, pág. 199.

<sup>331</sup> GUILLEN BRIONES, M. “El derecho de...”, pág. 199.

múltiples agentes individuales y Firmas que conforman el mercado”<sup>332</sup>. Es evidente que, cuando el Estado tiende a concentrar el poder, controla al mercado, impone costos administrados de transacción que distorsionan la voluntad y la potencialidad de los productores y de los consumidores, las fuerzas que le rigen, oferta y demanda, llevan hacia la fragmentación de los mercados de factores, bienes, y servicios, y a la vigencia de las distorsiones económicas, de la corrupción, del privilegio basado en las alianzas políticas, la conformidad, y el aprovechamiento del poder dominante.

De otro lado, en aquellos pueblos en donde existe menor control estatal, existe mayor grado de libertad económica, y, por tanto, mayor progreso material colectivo e individual.

El gobierno corporativo debe manejarse entre estas dos fuerzas, si quiere abrirse paso frente a una constitución que ha puesto más énfasis en la intervención en el mercado para que este no sea el centro de la economía sino el hombre. Es decir, debe tener presente esta doble realidad: 1) En el Estado prima la intervención del ejecutivo y sus instituciones, mientras que en el mercado prima la voluntad de los individuos que demandan y proveen bienes y servicios; 2) el estado no se guía por las reglas de la competencia, pero sí lo hace el mercado, pues es su propia naturaleza; 3) el Estado manda, permite o prohíbe, pero el mercado oferta y demanda; 4) el Estado redistribuye a través de la exacción tributaria y la distribución del gasto, pero el mercado crea valor agregado a través de la producción; 5) el Estado no se rige por el sistema de precios; el mercado funciona a través del sistema de precios, de la calidad, y de la cantidad de la oferta de bienes y servicios que provee y demanda.

Debemos volver a la concepción que la Constitución tiene de la economía, según el artículo 283 inc. 1: sin excluir al mercado, se concibe al sistema económico como social y solidario en lugar de social de mercado. Y, en este sentido, el protagonista de la economía del país no es la empresa sino el Estado. En efecto, por mandato constitucional (Art. 277), la producción de bienes es una actividad directa del Estado, no subsidiaria. En este sentido, los agentes

<sup>332</sup> SWETT, FRANCISCO X. “La buena economía y el ordenamiento del derecho”, Revista Jurídica de Derecho Económico, Universidad de Guayaquil, marzo-2010, Tomo 1, pág. 69.

privados (individuos, sociedades civiles, mercantiles) tienen una participación completaría a la del Estado en el mercado de bienes y servicios.

### **Propiedad y empresas**

“El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental (Const., (Art. 321).

Como se puede observar, el primer tipo de propiedad que menciona la Carta Magna es la propiedad “pública”, y luego la privada, además de otras formas de propiedad (estatal, asociativa, cooperativa, mixta). Interesa mucho la propiedad pública, privada y mixta para el gobierno corporativo. En efecto, la gobernanza no sólo es un aspecto de las empresas privadas sino también de las empresas del Estado y de aquellas en la que el Estado y los capitalistas crean e invierten, como es el caso de las empresas mixtas.

El gobierno corporativo debe tener presente que en el Ecuador la inversión privada en sectores como el agua, la energía, el petróleo, por mencionar algunos, no pueden ser explotados directamente por manos privadas. Son “sectores estratégicos. Su principal explotador y administrador es el Estado, que “constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas” (Const., Art. 335). Las empresas públicas funcionan como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Ahora bien, el Estado, con las empresas públicas, puede unirse con la empresa privada y constituir empresas mixtas, en las que las empresas públicas siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

Pero, ¿es absoluta la prohibición para las empresas privadas su participación en los sectores estratégicos? Lo normal es que el Estado sea el principal inversor y administrador, pero que la empresa participe, es una excepción: “El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley” (Const., Art. 316).

### **Organismos de regulación y de control**

La Constitución dispone que la regulación y el control de las empresas estará a cargo del Estado a través “de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley” (Const., Art. 315). Pero, ¿de qué manera el Estado realiza el control e intervención del mercado, y, por tanto, de las sociedades civiles y mercantiles? Lo hace a través de las Superintendencias

Las Superintendencias son organismos técnicos que realizan cuatro actividades relacionadas con las sociedades civiles y mercantiles: vigilancia, auditoría, intervención y control. No forman parte del Ejecutivo, como sí lo es en otros países, tal como sucede en Colombia, por ejemplo<sup>333</sup>. La autoridad de cada Superintendencia, denominado superintendente, es nombrada por el quinto poder del Estado, o sea, por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social “de una terna que enviará la Presidenta o Presidente de la República, conformada con criterios de especialidad y méritos y sujeta a escrutinio público y derecho de impugnación ciudadana” (Const., Art. 213).

Las Superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. “Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley” Art. 213). El Ecuador cuenta con las siguientes Superintendencias: 1) Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; 2) Superintendencia de Bancos; 3) Superintendencia de Economía Popular y

<sup>333</sup> En Colombia, las Superintendencias son organismos pertenecientes al ejecutivo, y, aunque poseen autonomía administrativa, no poseen personería jurídica propia: OLARTE RUSSY, A. *Las funciones de inspección, vigilancia y control de las superintendencias, su estructura y funciones*, Pontificia Universidad Javeriana, Santafé de Bogotá D.C., 1999, pág. 55: “La Ley 489 de 1998 define las Superintendencias de la siguiente manera: “Las Superintendencias son organismos creados por la ley con la autonomía administrativa financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidos por ley o mediante delegación que haga el presidente previa autorización legal, la dirección de cada Superintendencia estará a cargo del superintendente”

Solidaria; 4) Superintendencia de Control del Poder de Mercado; y, 5) Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo.

En este sentido, según la Ley de Compañías, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (Supercías) es el “el organismo técnico y con autonomía administrativa, económica y financiera, que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías y otras entidades en las circunstancias y condiciones establecidas por la ley” (Art. 430). La institución ejerce vigilancia y control sobre las siguientes tipos de compañías, corporaciones y entes 1) compañías nacionales anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, en general; 2) empresas extranjeras que ejerzan sus actividades en el Ecuador, cualquiera que fuere su especie; 3) compañías de responsabilidad limitada; y, 4) Las bolsas de valores y demás entes en los términos de la Ley de Mercado de Valores (Art. 431). Ejerce, por tanto vigilancia y control sobre “las compañías emisoras de valores que se inscriban en el registro del mercado de valores; las compañías Holding que voluntariamente hubieren conformado grupos empresariales; las sociedades de economía mixta y las que bajo la forma jurídica de sociedades, constituya el Estado; las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras, organizadas como personas jurídicas; las asociaciones y consorcios que formen entre si las compañías o empresas extranjeras, las que formen con sociedades nacionales vigiladas por la entidad, y las que éstas últimas formen entre sí, y que ejerzan sus actividades en el Ecuador; las bolsas de valores; y las demás sociedades reguladas por la Ley de Mercado de Valores” (Art. 432, inc. 3).

La Supercías no sólo ejerce la vigilancia y control ex post al proceso de constitución y registro de las sociedades, respecto a sus aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables (Art. 432), sino que también tiene potestad para aprobar de forma previa todos los actos societarios de las compañías, e incluso puede ordenar la intervención de la compañía cuando “cuando en virtud de una denuncia o mediante inspección se comprobare que se han violado los derechos de los socios, que se ha contravenido el contrato social o la ley, o que se ha abusado de la personalidad jurídica de la sociedad según lo dispuesto en el Art. 17; en perjuicio de la propia compañía, de sus socios o terceros” (Art. 432, inc. 4 ), principalmente cuando se cometan fraudes.

El control que ejerce la Supercías se concreta, entre otros aspectos, a la aprobación o negación de la constitución o actos jurídicos posteriores de las compañías o a los actos de declaratoria de la inactividad, disolución o cancelación, así como al proceso de liquidación de una compañía, acción que se manifiesta a través de la práctica de inspecciones de control y la expedición de las pertinentes Resoluciones. Es total cuando se refiere a compañías cuyas características especiales, naturaleza o especie societaria, se encuentran determinadas en la Ley de Compañías.

### **Inversión**

El Estado promueve la inversión tanto nacional como extranjera. Toda inversión debe orientarse con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

Ahora bien, la Constitución le da más prioridad a la inversión nacional que a la extranjera. En este sentido, la inversión extranjera directa es “complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados” (Art. 339). El Estado también se considera como inversor, a través de la inversión pública.

Las ideas expuestas permiten afirmar que el Estado reconoce dos tipos de inversión: la privada y la pública. La inversión privada puede ser nacional y extranjera. En el ámbito privado, empero, tiene prioridad la inversión nacional. Se entiende que la inversión pública la puede realizar el Estado de dos formas: directamente a través de las empresas estatales y como socio de una empresa mixta, teniendo a su favor el 51% del capital de la empresa.

El campo de inversión de la empresa privada es amplio. El Estado de hecho promueve la inversión privada en ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales (Const., Art. 386). Sin embargo, establece ciertos límites a las empresas: 1) Las entidades financieras privadas no pueden poseer participaciones permanentes, totales o parciales, en empresas ajenas a la

actividad financiera, específicamente “la participación en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social, a entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas” (Art. 312 inc. 2); si bien los trabajadores tienen derecho a participar de las utilidades de las empresas, el Estado fija “los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables (Art. 328 inc. 6); la empresa privada que explote recursos no renovables, no puede beneficiarse de estos recursos más que el Estado, pues este “participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota” (Art. 408)<sup>334</sup>.

### **Solución pacífica de los conflictos entre sociedades**

La Constitución no sólo se pronuncia respecto a la inversión privada y pública al interior del país sino que también “Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados” (Const., Art. 416 n. 12).

En este sentido, promueve la solución “pacífica de las controversias y los conflictos internacionales, y rechaza la amenaza o el uso de la fuerza para resolverlos” (Const., Art. 416 n. 2).

La Constitución reconoce expresamente al arbitraje como un procedimiento alternativo para la solución de conflictos: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública

<sup>334</sup> Los recursos no renovables, de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado, son “los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución” (Const., Art. 408).



procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley (Const., Art. 190).

Con anterioridad a la Constitución, la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)<sup>335</sup> vigente prescribe: “El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias” (Art. 1)<sup>336</sup>.

El arbitraje internacional es un espacio requerido por el gobierno corporativo. Sin embargo, la Constitución establece que no se podrá “celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas” (Const., Art. 422).

Más bien, el Estado le apuesta al arbitraje internacional regional cuando surgen controversias entre sociedades pertenecientes a países de Latinoamérica: “Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. (Const., Art. 422 inc. 2).

El arbitraje lo contempla también en relación con la deuda externa: “En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional” (Const., Art. 422 inc. 3).

<sup>335</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, R.O No.417, 14-dic-2006, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

<sup>336</sup> Para un estudio serio del arbitraje internacional: GONZÁLES DE COSSÍO, F. *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México, D.F, 2004, p. 830; CHILLON, J. Y MERCHÁN, J. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 24-29.

### **4.3 EL ART. 433 DE LA LEY DE COMPAÑÍAS Y EL BUEN GOBIERNO EN LAS COMPAÑÍAS CONTROLADAS**

El artículo 433 de la LC hace referencia al buen gobierno de las compañías. Pero, ¿en qué sentido?

El texto de la norma dice: “Art. 433.- El Superintendente de Compañías expedirá las regulaciones, reglamentos y resoluciones que considere necesarios para el buen gobierno, vigilancia y control de las compañías mencionadas en el Art. 431 de esta Ley y resolverá los casos de duda que se suscitaren en la práctica.

Art. 433-A.- La Superintendencia de Compañías y Valores determinará, mediante la expedición de las regulaciones de carácter general que correspondan, en función de su impacto social y económico, en qué casos una compañía sujeta a su vigilancia y control será considerada como una sociedad de interés público.

En la misma reglamentación, la Superintendencia podrá imponer a las sociedades de interés público requisitos adicionales de información, transparencia, administración, capital y los demás que fueren necesarios para la protección del interés general”

Al artículo 433 se le agregó el artículo 433-A, a través de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil<sup>337</sup> (Art. 133), para referirse a la sociedad de interés público.

Hay que destacar dos ideas en el articulado referido: 1) el rol del Superintendente de Compañías en relación al buen gobierno de las empresas; y, 2) el buen gobierno en las sociedades de interés público.

<sup>337</sup> Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, Art. 133, Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 249 de 20 de mayo del 2014.

## **Rol del Superintendente en el buen gobierno de las sociedades**

El Superintendente es la primera autoridad y representante legal de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (LC., Art. 431), y posee, por ley, facultades reglamentarias generales y especiales. Las generales son aquellas descritas en la misma Ley en virtud de las cuales realiza actos comunes para todas las sociedades mercantiles, como por ejemplo, inspeccionar las actividades de las compañías; las especiales las ejerce a través de actos normativos (regulaciones, reglamentos y resoluciones), sobre situaciones particulares, y a través de pronunciamientos absolviendo dudas en casos prácticos. Fuera de estas facultades, el Superintendente no puede ejercer o abrogarse funciones que no le concede la Ley, tal como lo dispone la Constitución: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley...” (LC., Art. 226), como por ejemplo, interpretar la Ley de Compañías, absolver consultas a terceros, imponer la Doctrina societaria como obligatoria y vinculante.

En relación al buen gobierno de las empresas, el Superintendente ejerce facultades reglamentarias generales y especiales.

**a. Facultades reglamentarias generales.** En primer lugar, se puede encontrar algunos ejemplos de facultades generales que la LC le otorga al Superintendente relacionados con el buen gobierno corporativo de las compañías:

**Inspección de las actividades de la compañía:** El Superintendente tiene la atribución y el deber de “Inspeccionar, personalmente o por medio de los funcionarios y empleados de la Superintendencia a quienes delegue, las actividades de las compañías, especialmente cuando tuviere conocimiento de irregularidades, infracciones de las leyes, reglamentos, disposiciones estatutarias o resoluciones de la Superintendencia, o cuando por parte de accionistas o socios se formulare denuncia fundamentada, a juicio del Superintendente. Toda denuncia será reconocida ante el Superintendente o su delegado” (LC., Art. 438, c). La inspección se dispone de oficio o a petición e parte (Art. 441).

La inspección tiene por objeto establecer y verificar: 1) la correcta integración del capital social, verificar si lo declaró al tiempo de la constitución o de los aumentos de capital; 2) si la sociedad cumple su objeto social; 3) examinar la situación activa y pasiva de la compañía; 3) si lleva los libros sociales, tales como los de actas de juntas generales y directorios, el libro talonario y el de acciones y accionistas o de participaciones y socios, y los documentos que exige la ley para registrar válidamente las transferencias de acciones; 4) si su contabilidad se ajusta a las normas legales; 5) si sus activos son reales y están debidamente protegidos; 6) si su constitución, actos mercantiles y societarios, y su funcionamiento se ajustan a lo previsto en las normas jurídicas relevantes vigentes y en las cláusulas del contrato social, y no constituyen abuso de la personalidad jurídica de la compañía, como fraudes (LC., Art. 17) si las utilidades repartidas o por repartir corresponden realmente a las liquidadas de cada ejercicio; 8) si las juntas generales se han llevado a cabo legalmente; 9) si la compañía está o no en causal de intervención o disolución; y, 10) si la revisión y constatación de la información que sea necesaria para la investigación de oficio o a petición de parte, de hechos o actos violan o amenacen violar derechos o normas jurídicas vigentes (LC., Art. 440).

**Control y sanción.** El Superintendente, al constatar las irregularidades e infracciones, elabora un informe con las conclusiones y observaciones, que lo remite a la compañía vía oficio, en la persona del representante legal, presidente o comisarios, concediéndole 30 días para que realice las correcciones pertinentes (LC., Art. 442). Es más, puede disponer que los socios o accionistas reunidos en junta general, los órganos de administración y los representantes legales de la sociedad procedan a subsanar la situación irregular advertida, ordenando la ejecución de acciones o adopción de medidas concretas encaminadas a tal fin (LC., Art. 438 inc 2). Si la compañía persiste en las irregularidades, puede imponer “las sanciones que prevé esta Ley, las cuales podrán aplicarse coercitiva y reiteradamente, hasta que la sociedad, los accionistas o administradores superen la situación de la sociedad de acuerdo con las disposiciones que al efecto determine el Superintendente de Compañías” (LC., Art. 438 inc. 3). La Ley prevé la potestad del Superintendente de emitir título de crédito para el cobro por coactiva a las compañías morosas, así como imponer multas por no remitir a la Supercías la información requerida.

**Vigilancia de la naturaleza y estructura.** El Superintendente vela y está atento para que la compañía, por un lado, en nada altere su naturaleza, objeto y estructura o especie de la compañía, y, por otro, le informen de cualquier cambio relacionado con el “establecimiento de sucursales, el aumento o disminución de capital, la prórroga del contrato social, la transformación, fusión, escisión, cambio de nombre, cambio de domicilio, convalidación, reactivación de la compañía en proceso de liquidación y disolución anticipada, así como todos los convenios y resoluciones que alteren las cláusulas que deban registrarse y publicarse, que reduzcan la duración de la compañía, o excluyan a alguno de sus miembros” (LC., Art. 33).

Conocimiento del balance anual y del estado de cuenta de pérdidas y ganancias. Esta facultad se correlaciona con el deber de las compañías, sobre todo de las extranjeras (LC., Art. 23) a ofrecer información transparente de sus estados financieros. La primera fuente de información respecto al estado financiero de la compañía que deben tener los socios debe ser la misma compañía a través de los canales de comunicación establecidos en los estatutos (libros, funcionarios, página Web). Pero si esto no es posible, el segundo mecanismo administrativo externo lo constituye el Superintendente, amén de quedar como recurso final la instancia judicial, exigiendo el levantamiento del velo de la compañía.

**Acceso a información confidencial.** Se trata de una excepción, en aras de promover el buen gobierno corporativo de la empresa. En principio, el Superintendente no puede inspeccionar los secretos empresariales de la compañía o la reserva en relación con la competencia; pero sí lo puede hacer cuando requiere realizar una investigación específica (fraude, abusos o vías de hecho que se comentan a nombre de la compañía, (LC., Art. 17), cuya información debe ser manejada con estricto régimen de confidencialidad por parte del Superintendente o sus delegados (LC., Art. 440 inc. 4).

**b. Facultades reglamentarias especiales.** En relación a las facultades reglamentarias especiales, el Superintendente posee dos prerrogativas: dispositiva y casuística. Con la primera establece de modo generalmente obligatorio la forma cómo debe realizarse el buen

gobierno corporativo, la vigilancia y el control de las compañías; con la segunda, absuelve dudas en casos concretos y responde a las consultas, generalmente de tipo jurídico, societario, económico, financiero y contable que le realizan los socios o accionistas de la compañías, mas no personas externas a ellas. Las respuestas a las consultas, empero, no tienen fuerza interpretativa o vinculante, pues es bien sabido que el único órgano que puede interpretar la Ley es el legislativo. En ambas circunstancias, el Superintendente materializa su decisión a través actos normativos como regulaciones, reglamentos y resoluciones, o a través de actos administrativos, como oficios o pronunciamientos de tipo doctrinal, conocidos como doctrina societaria, que constituye criterios jurídicos sobre la interpretación de las normas societarias, una fuente formal del derecho, “un medio auxiliar para la determinación y comprensión de las normas jurídicas”<sup>338</sup>.

Las regulaciones son disposiciones relacionadas con los requisitos que deben cumplir las compañías en relación a la documentación sobre constitución, presentación de balances y cuentas, etc., los reglamentos son disposiciones que regulan los requisitos y forma cómo debe ser el accionar de los peritos, interventores, auditores, funcionamiento interno de la Supercías (como la imposición y gradación de las sanciones), el modo como pueden ejercer sus derechos los accionistas (v. gr. impugnar resoluciones); las resoluciones, en cambio, son decisiones de corte normativo o administrativo relacionadas con la generalidad de las compañías. En la práctica societaria, el Superintendente da a conocer las regulaciones, reglamentos a través de resoluciones, y sus pronunciamientos, aclarando o absolviendo dudas, a través de oficios.

<sup>338</sup> SUPERCÍAS, Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2018-0036, 3-OCT-2018. Esta resolución salió al paso de la Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2016-014, 29-dic.2016, R.O No. 917. 6-ene-2017, que dispuso la derogatoria de las doctrinas societarias del a Supercías, La confusión fue tal, que el Superintendente de ese entonces, Suad Manssur Villagrán, se allanó a tal pronunciamiento, causando confusión en la academia y en devenir societario del país, sobre todo con su Oficio No. SCVS.DSC.2017.048.0010118, de fecha 25 de mayo de 2017: “Las doctrinas no son ni contienen normas jurídicas. En consecuencia, carecen de eficacia obligatoria y coercible...La Superintendencia de Compañía, Valores y Seguros no tiene ni ha tenido facultad de interpretar la Ley o de atender consultas; lo que sí ha tenido y tiene es la facultad de emitir regulaciones, resoluciones o reglamentos de carácter general y obligatorio para aplicar la Ley...”.

Las regulaciones, reglamentos, resoluciones, absolución de consultas de carácter general y pronunciamientos acerca de aspectos jurídicos, contables, societarios, financieros de las compañías se publican en la Gaceta Societaria de la Supercías (LC., Art. 439 inc. 2).

Una de las resoluciones relacionadas con pronunciamientos del Superintendente respecto al buen gobierno de las compañías es la Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2018-0036, 3-oct-2018, que en su artículo 1 dispone que “la Gaceta Societaria sea elaborada de forma electrónica, debiendo mantenerse su publicación y actualización en el portal web institucional [www.supercias.gob.ec](http://www.supercias.gob.ec), medio de difusión en el que publicarán, todas las resoluciones de carácter general, las absoluciones de consultas de carácter general, los pronunciamientos sobre aspectos jurídicos, contables, financieros, doctrinas y cualquier otra información que se estime de interés”.

Algunos aspectos del gobierno corporativo que deben adoptarse en el Ecuador no pueden ser indiferentes a la Doctrina Societaria subida al portal de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros Por ejemplo: Doctrina 29: Los administradores y los comisarios de una compañía anónima no pueden actuar como apoderados de los accionistas en las sesiones de las juntas generales, pronunciándose respecto a la prohibición del artículo 211 de la LC que se refiere a los representantes voluntarios o apoderados y no a los “representantes legales”; Doctrina 32: los accionistas no deben renunciar a su derecho a ser convocados a junta general, aún en el caso que tal renuncia se realice a través de escritura pública; Doctrina 33: Los presupuestos para que la junta universal pueda celebrarse válidamente son: a) que la Junta se realice dentro del territorio nacional; b) que concurra a ella todo el capital social pagado; c) que los socios o accionistas, por sí o representados, acepten por unanimidad constituirse en Junta general; y, d) que dichos socios o accionistas acuerden por unanimidad los puntos a tratarse en esa Junta; Doctrina 42: las atribuciones legales y contractuales de los administradores poseen también limitaciones impuestas por la Ley y por el Contrato Social, etc.

De igual manera, las medidas y recomendaciones del gobierno corporativo de una compañía no debe desentenderse de los pronunciamientos realizados por el Superintendente respecto a

la naturaleza, estructura de la compañía, derechos de los accionistas, funciones del directorio, administradores, etc. Por ejemplo<sup>339</sup>, ante la consulta: ¿Cuáles serían los efectos de resolver sobre algún tema o punto no señalado o expresado en la respectiva convocatoria?, la Supercias contestó: “el efecto jurídico de la resolución por parte de la junta general de socios o accionistas de asuntos no expresados en la respectiva convocatoria es la nulidad...”, amparada en el Art. 236 de la LC, que dice: “La convocatoria debe señalar el lugar, día y hora y el objeto de la reunión. Toda resolución sobre asuntos no expresados en la convocatoria será nula”

### **El buen gobierno en las sociedades de interés público**

El artículo 433-A otorga una facultad especial al Superintendente, esta es, regular el buen gobierno, vigilancia y control de las sociedades de interés público. La norma no explica qué debe entenderse por sociedad de interés público. Simplemente dice que poseen un impacto social y económico, al parecer, distinto a las compañías reseñadas en la LC.

Esta especie de compañía debe adoptar medidas básicas de gobierno corporativo, como por ejemplo: “información, transparencia, administración, capital y los demás que fueren necesarios para la protección del interés general” (LC., Art. 433-A inc. 2). Por ejemplo, y en función de la transparencia de la información financiera de la compañía, deben someter sus estados financieros anuales al dictamen externo o auditoría externa<sup>340</sup>

De acuerdo al Instructivo sobre Sociedades de Interés Público<sup>341</sup>, se consideran tales las siguientes: “1. Las emisoras de valores inscritas en el Catastro Público de Mercado de Valores. 2. Las casas de valores, los depósitos centralizados de compensación y liquidación de valores y las sociedades administradoras de fondos de inversión y fideicomisos. 3. Las de seguros, de reaseguros, intermediaras de reaseguros, peritos de seguros y las agencias asesoras productoras de seguros. 4. Las que financien servicios de atención integral de salud

<sup>339</sup> Oficio No. SCVS-SG-2018-00033397-O, 18-abr-2018

<sup>340</sup> Reglamento sobre Auditoría Externa, Art. 2: Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2016, R.O. No. 879, 11-nov-2016.

<sup>341</sup> Instructivo sobre Sociedades de Interés Público, Resolución No. SCVS-DSC-2018-0001 Suplemento del R.O. 171, 30-ene-2018, Art. 1.



prepagada. 5. Las que provean servicios de asistencia a asegurados o tarjeta habientes, por sí o a través de terceros. 6. Las calificadoras de riesgo y auditoras externas. 7. Las dedicadas a las actividades corrientes y especializadas de construcción de todo tipo de edificios y obras generales de construcción para proyectos de ingeniería civil. 8. Las que realicen actividades de agencia y corretaje inmobiliarios, y de intermediación en la compra, venta y alquiler de bienes inmuebles. 9. Las dedicadas a las actividades de agencias de viaje, como a la venta de servicios de viajes (tours), de viajes organizados, de transporte y alojamiento, al público en general y a clientes comerciales; y de operadores turísticos, como la planificación y organización de paquetes de servicios de viajes para su venta a través de agencias de viajes o por los propios operadores turísticos; si la compañía obtuviere dinero de terceros a base de planes, promesas u ofertas de venta del servicio. 10. Las que se dediquen a la venta de vehículos automotores nuevos y usados. 11. Las que se dediquen a la venta de productos nuevos y usados, a excepción de los mencionados en el numeral anterior, por cuenta propia o a cambio de retribución o contrato (comisión), a usuarios minoristas, industriales, comerciales, institucionales, profesionales, o a otros mayoristas; y a la venta al público en general del mismo tipo de mercancías, para el consumo o uso personal o doméstico, realizada mediante tiendas, almacenes, puestos de venta, empresas de venta por correo, internet, a domicilio, vendedores ambulantes, si los ingresos anuales por ventas son iguales o superiores a cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 5 000 000.00). Las que se dediquen a actividades de factorización por compra de cartera”.

#### **4.4 NECESIDAD, SEGÚN LA DOCTRINA, DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES CERRADAS**

Está claro que el gobierno corporativo es una herramienta societaria de buenas prácticas de gobernanza que permite a las grandes compañías, sobre todo a las abiertas, como las anónimas que cotizan en bolsa, alcanzar sus objetivos capitalistas, estructurando de la mejor forma su parte directiva y administrativa, respetando los derechos de sus propietarios, sobre todo de los accionistas minoritarios, transparentando más la información a sus propietarios a través de la tecnología moderna, etc. Para estas empresas, los organismos internacionales, como OCDE, establecen que el gobierno corporativo es obligatorio, pero para las demás

empresas, medianas y pequeñas, las que comúnmente denominamos cerradas, las pymes, las empresas familiares, la asunción de buenas prácticas corporativas es voluntaria.

No es de extrañar, por tanto, que las normativas y recomendaciones de gobierno corporativo se hayan direccionado principalmente para fortalecer a las empresas abiertas y que cotizan en bolsa, como los bancos, empresas de seguros, empresas de interés público. Muestra de ello fue la aprobación de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil (LOFOSB), en la que constan reformas a la Ley de Mercado de Valores (LMV), Código de Comercio (CCom.), Ley de Compañías (LC), Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF), Código de Procedimiento Civil (CPC), Ley Notarial (LN), Ley de Registro (LR), Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI), Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador (LRTE), Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización (COOTAD); y, a la Ley General de Seguros<sup>342</sup>. Es más, el actual Código ecuatoriano de Buen Gobierno Corporativo (CEBGC), a pesar que se orienta a las compañías cotizadas, al no tener carácter vinculatorio para éstas, mal puede serlo también para las empresas cerradas.

Sin embargo, en el marco de la globalización de la economía, las leyes, el comercio e incluso la política, la aplicación de buenas prácticas de Gobierno Corporativo es una necesidad no sólo para las empresas grandes sino también para las pequeñas, aquellas que se cotizan en la bolsa como las que participan de este mecanismo; cualquier empresa, independientemente de su tamaño y estructura legal, sean estas públicas o privadas y que se encuentre constituida conforme a la LC.

En Ecuador, las sociedades o empresas cerradas poseen características muy definidas: 1) la mayoría se constituyen como empresas familiares anónimas o limitadas, pequeñas y medianas; 2) las empresas familiares anónimas constituyen un grupo reducido y sus

<sup>342</sup> GUARDERAS CÓRDOVA, G. *Gobierno Corporativo y la Legislación Societaria y Mercantil del Ecuador*, Universidad San Francisco de Quito, Quito, pág.67. Actualmente, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF) se encuentra derogada; el Código de Procedimiento Civil (CPC), fue reemplazado por el Código Orgánico General de Procesos, R.O., Suplemento 506, 22-may.-2015, modificado el 26-jun.-2019; y, la Ley General de Seguros, fue reemplazada por el III LIBRO Código Orgánico Monetario Y Financiero. Ley No. 0, R.O., Suplemento 332 de 12-sept-2014

miembros poseen la mayoría del paquete accionario; pero la gran mayoría están conformadas por socios que poseen no tanto acciones sino participaciones, que las venden no a un mejor postor externo, sino de preferencia al socio de la compañía, cuya producción, compra y venta es a nivel nacional; 3) No existen reglas claras de cómo deben ser tratados los accionistas minoritarios; 4) los directores no disponen de capacidades para manejar conflictos de interés y asegurar el cumplimiento y normas éticas<sup>343</sup>; 5) ausencia de un ente interno independiente de los propietario que audite la empresa con objetividad y libertad; 6) ausencia de un ente administrativo independiente de los propietarios, etc.

Tal realidad societaria actúa como causa para un sinnúmero de problemas, como por ejemplo<sup>344</sup>: 1) Confusión entre el hecho de ser propietario y el de tener capacidad para dirigir. Es muy común en la etapa fundacional de la empresa. Pero el problema viene con el nuevo propietario que por sucesión la hereda sin tener tiempo, ciencia y experiencia para dirigirla; 2) Confusión de los flujos económicos, pues los miembros de la familia disponen del capital y las ganancias sin ningún control o criterio financiero o contable; 3) Confusión de los lazos afectivos (propios de la familia) con los contractuales (propios de una empresa); 4) Resistencia a una responsable sucesión. La sucesión del familiar que debe dirigir la empresa se retrasa, por muchos motivos: no tiene la edad, no está preparado, no tiene la voluntad para hacerse cargo de la empresa, etc.

Lógicamente, vienen las consecuencias: 1) la empresa no crece en productividad; 2) las ganancias son pingües; 3) las pugnas internas entre los sucesores; la desaparición de la empresa con la segunda generación; 4) despilfarro del capital y de las ganancias.

Para algunos, la solución pasa por cuestiones éticas: “Las pocas empresas familiares que sobreviven más allá de la segunda generación y más aun las que llegan a la tercera, es porque han generado y fortalecido dos valores esenciales dentro de la empresa como son la unidad

<sup>343</sup> GUARDERAS CÓRDOVA, G. *Gobierno Corporativo...* pág.9

<sup>344</sup> GUZMÁN SALTOS, M. Implementación de prácticas de buen gobierno corporativo en empresas familiares ecuatorianas, Universidad de las Américas, Quito, 2010, pág. 36.

y el compromiso. Pues estos facilitan la transmisión de información y su comprensión, haciendo que la comunicación sea intensa, fluida y sin barreras innecesarias”<sup>345</sup>

Sin embargo, para otros, resulta necesario que las empresas cerradas implementen buenas prácticas corporativas, como solución a sus problemas, adaptando las medidas y recomendaciones de los Lineamientos de la OCDE y CAF de gobierno corporativo. El principio rector que debe guiar a las empresas cerradas es la autorregulación, esto es, que los propietarios de las empresas cerradas deben asumir voluntaria y decididamente las buenas prácticas corporativas para su organización con el objetivo de fortalecer la gestión de la empresa, evitar conflictos internos, establecer una organización corporativa, medidas de control, trato equitativo entre socios y terceros interesados, mantener tranquilidad y seguridad que motive al trabajador, aumente la producción, la calidad del producto, la eficiencia del servicio, excelente relación con los trabajadores, proveedores, la sociedad y el ambiente, reflejar al exterior solidez, credibilidad y confianza en el mercado.

En este sentido, las empresas cerradas deben implementar las siguientes recomendaciones de gobierno corporativo<sup>346</sup>:

**Protocolo Familiar.** La norma interna que contiene la visión, misión, valores, condiciones y reglas de relación económica y profesional entre la familia, los accionistas y la sociedad, limitaciones asociadas, medidas que previenen, detectan y manejan los conflicto de interés, los roles de los miembros de la familia en la conformación y distribución de funciones dentro de los órganos de gobierno de la empresa, las políticas de participación accionaria para los propietarios familiares, reglas de transferencia de las acciones o participaciones, mecanismos de resolución de controversias, el periodo de revisión del Protocolo; el trato equitativo respecto de los socios o accionistas que no son parte de la familia o son minoritarios.

<sup>345</sup> GALLO, M. *La empresa Familiar ante del derecho*, Madrid, 1995, pág. 58.

<sup>346</sup> ROCCA CARBAJAL, L. *Código de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas*, El Peruano, Lima, Separata, 8-nov-2013, págs. 20-22.

**Asamblea Familiar**<sup>347</sup>. El órgano máximo de autoridad, que debe sesionar por lo menos una vez al año para orientar y conciliar a los miembros de la familia en relación con la propiedad y gestión de la empresa, en la que cada miembro tiene los mismos derechos y un solo voto, sin importar si participación accionaria.

**Consejo Familiar.** Es el órgano que sirve de nexo entre la familia, el directorio y la gerencia. Es elegido por la Asamblea Familiar, cuyos miembros son elegidos por la familia o sus representantes y que tiene como funciones: ejecutar los acuerdos familiares, participar en la elección de los miembros de la familia que actuarán en la directiva y en la gerencia, resolver conflictos internos, promover el conocimiento y divulgación del Protocolo, realizar el seguimiento del cumplimiento del mismo, constituirse como órgano consultivo del directorio.

**Directorio y Gerencia.** Los miembros de la familia asumen responsabilidades en el Directorio y en la Gerencia, en igualdad de condiciones con terceros que son parte del paquete accionario o de participación, pero que no son parte de la familia. Se asume el principio de competencias para ocupar los cargos respectivos, sin que prime el criterio de ser parte de la familia.

**Transparencia de información**<sup>348</sup>. Con el objeto de aprobación, todos, familiares y accionistas, deben conocer, por ejemplo: 1) el grado de participación de los miembros de la familia en calidad de empleados, contratistas o clientes de la empresa; 2) las operaciones que realicen los miembros de familia; 3) los negocios, estrategias, desafíos y dirección general de la empresa.

<sup>347</sup> GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M. La Junta General y el Órgano de Administración de la Sociedad Limitada Familiar, Madrid, 1995, pág. 180.

<sup>348</sup> TAMARIZ, J. Competitividad, riesgo, ¿inseparables?, Red de Información de Gobierno Corporativo, GOREDCO, Quito, Boletín 11, Primera Quincena de octubre, 2008, pág. 2

## **CAPÍTULO V LA NECESIDAD DE IMPLEMENTACIÓN DE GOBIERNO CORPORATIVO EN EL ECUADOR PARA LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

El recorrido histórico realizado en torno a las teorías de gobierno corporativo, el análisis de las propuestas de organismos especializados en gobernanza, la exposición de la situación actual de buenas prácticas de gobierno corporativo en las empresas a nivel internacional, regional y nacional, así como el conocimiento de la normativa nacional y comparada, permite establecer un panorama societario con algunos obstáculos, a saber: por un lado, la inercia y el desconocimiento de lo que implica el buen gobierno corporativo en las sociedades de capital, tanto abiertas como cerradas, sean que coticen o no en la bolsa de valores (no alineadas); y, por otro, la ausencia de una normativa de gobernanza clara, precisa y acorde con la realidad de Ecuador y las exigencias del mercado y la normativa internacional, en el marco de la globalización.

Ahora bien, a nivel mundial (Lineamientos de Gobierno Corporativo de la OCDE), regional (Código Andino de Buen Gobierno Corporativo) y nacional (Código de Buen Gobierno Corporativo), se han establecido principios y lineamientos dirigidos a las sociedades de capital<sup>349</sup>, que, al ser asumidas por estas, en virtud del principio de cumplir o explicar (*comply or explain*) se convierten en obligatorios para ellas. No es menos cierto también que dichos lineamientos hayan sido un referente para las empresas familiares (EF) y para las empresas públicas (EP) en Ecuador

Sin embargo, en el Ecuador, la gran mayoría de sociedades de capital, cotizadas o no alineadas<sup>350</sup>, no han adoptado un código de gobierno corporativo, y, entre las que sí lo han

<sup>349</sup> De acuerdo al artículo 1 de la Ley de Sociedades de Capital de España (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), “Son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones”. La diferencia clásica entre sociedad abierta (sociedad anónima) y sociedad cerrada (sociedad de responsabilidad limitada) no es absoluta, pues si bien la primera, con el fin de defender el capital posee mecanismos de defensa en favor de los accionistas y proveedores, la segunda es más flexible, a través de regímenes de responsabilidades. A veces, la Sociedad Anónima se comporta como cerrada, al establecer cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones. El Legislador español considera más bien que, entre estos tipos de sociedades de capital existe superposición de formas sociales y que, en realidad, la distinción esencial entre ellas está en tener o no la condición de sociedad cotizada.

<sup>350</sup> En Ecuador, según la Ley de Compañías (LC), la sociedad anónima es una sociedad de capital (Cf. Art. 143), al igual que la Comandita por acciones (Cf. Art. 301). La Compañía de Responsabilidad Limitada (Cf. Art. 92), si bien la doctrina la cataloga como una sociedad “personal” o “personalista” (por cuanto al constituirse puede

adoptado, muchas, no lo aplican de forma adecuada. Y esto se evidencia en la: 1) aplicación por parte de los directivos y gerentes de mecanismos simples para realizar los correctivos urgentes en las empresas (por ejemplo, improvisar un seminario de buenas prácticas, recursos humanos, gerencia, el consejo de algún experto en derecho societario, etc.); 2) conservación del *statu quo* del gobierno societario que les ha permitido mantener la productividad, las buenas relaciones internas, y el cumplimiento con el ente de control; 3) exclusión del gobierno corporativo en momentos de crisis de la compañía, por considerarlo como una extravagancia, una pérdida de tiempo; 4) inaplicación de un código de gobierno corporativo en momentos de expansión; 5) percepción de que los principios, normas y prácticas asociadas al buen gobierno corporativo son procesos burocráticos que pueden reducir el margen de maniobra de la gerencia así como los beneficios.

En base a lo expuesto, conviene, en primer lugar exponer a *grosso modo*, la situación de las sociedades de capital en Ecuador, para luego pasar a una serie de propuestas de gobierno corporativo que, por un lado, permitan cubrir las necesidades de buena gobernanza, y, por otro lado, sirvan de orientación y base para un Código de Buen Gobierno Corporativo para el Ecuador, conforme a las actuales tendencias de gobierno corporativo. Las propuestas que se presentan son de carácter general para todas las empresas de capital, pero también se exponen propuestas especiales para las compañías que cotizan en el mercado de valores. Finalmente, se presenta como Anexo 1 un modelo de Código de Buen Gobierno Corporativo que se pone a disposición de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, para que, a través de un link, las compañías lo puedan bajar y acomodar de acuerdo a sus necesidades.

## **5.1 PROBLEMAS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

La ausencia de una normativa de gobierno corporativo para sociedades de capital, acorde a la realidad del país, ha llevado a acentuar ciertos problemas en las compañías, relacionados

tener como mínimo 2 y como máximo 15 socios, de lo contrario debe transformarse en anónima o unipersonal), por su fin, que es el lucro, se la considera de "capital". Al igual que en España, las compañías ecuatorianas sujetas a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, pueden cotizar o no en la bolsa de valores. Si lo hacen, se denominan sociedades cotizadas o alineadas; si no lo hacen, se denominan no cotizadas o no alineadas.

con los socios minoritarios, la actuación de los accionistas y socios en la Junta General, la directiva, los conflictos internos entre socios, los mecanismos de resolución de conflictos, y la relación con el ente de control.

### **5.1.1 Socios minoritarios**

Las empresas ecuatorianas de capital todavía no resuelven problemas relacionados con la protección de los socios, especialmente de los minoritarios.

Si bien, en principio todos los socios tienen derechos en la compañía, en base al principio “una acción, un voto”, no es menos cierto que existen algunos abusos o violaciones que se comenten en perjuicio de los accionistas minoritarios, y que deben ser resueltos por el buen gobierno corporativo de cada empresa, y que están relacionados con: 1) las decisiones en las asambleas generales; 2) el derecho de información; 3) las reformas al pacto social; 4) los procesos de fusión societaria y aumento de capital; y 5) la disolución y liquidación de la sociedad.

#### **Abuso en las decisiones**

Constantemente se inobservan los procedimientos establecidos en el pacto social y en los estatutos. Se trata de conductas abusivas en beneficio de socios que muchas veces amasan la mayor cantidad de acciones<sup>351</sup>. Citamos algunos:

*Incumplimiento con el procedimiento de comunicación de la convocatoria.* Muchas veces se procede erradamente en la forma de convocatoria, en perjuicio de los socios y accionistas

<sup>351</sup> La justicia ordinaria establece que los minorías poseen derechos aparados por la ley, como el de convocar a Junta General de accionistas, estableciendo la prelación de recurrencia: las minorías deben resolver los problemas al interior de la compañía, sobre todo si existe un consejo de vigilancia; de lo contrario, deben ventilarse ante la SuperCías y no ante los jueces civiles: “Si la compañía de responsabilidad limitada se encuentra bajo la vigilancia de la Superintendencia de Compañías este derecho se ejercerá ante el Superintendente. Si el contrato social establece un consejo de vigilancia, éste podrá convocar a reuniones de junta general en ausencia o por omisión del gerente o administrador, y en caso de urgencia...Es decir que en la Compañía de responsabilidad limitada, cuyo principio de existencia es la fecha de inscripción del contrato social en el registro mercantil, podrán ejercer ante el Superintendente de Compañías el derecho concedido al socio o socios en el Art. 226 de la respectiva Ley de Compañías, y no ante los jueces civiles”: Sentencia de Tercera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, Quito, 31/Oct/1977, Gaceta judicial, Año LXXVIII. Serie XIII. No. 1, pág. 162.



que, por falta de comunicación de la existencia de la asamblea general, no pueden ejercer sus derechos. En este sentido, algunas formas de incumplimiento de comunicación de la convocatoria serían: 1) Cuando no se recurre a las diferentes convocatorias estipuladas por la ley; 2) convocatoria al margen de los plazos previstos por el pacto social y los estatutos; 3) cuando la asamblea no se convoca en base a la solicitud por el mínimo de accionistas requeridos por la ley o pactados por los estatutos<sup>352</sup>.

*Decisiones violatorias del interés de los socios y de las normas societarias*<sup>353</sup>. De iure, algunas decisiones acarrear la nulidad de algunas decisiones de la asamblea general e incluso la responsabilidad penal del directivo o socio participante de la decisión. Por ejemplo, son están revestidos de nulidad: 1) los acuerdos que la sociedad no puede adoptar por falta de capacidad para ello, en función de la finalidad que persigue según su propia escritura; 2) la asamblea por falta de convocatoria o de reunión; 3) los acuerdos con objeto imposible o ilícito; 4) los acuerdos contrarios a normas imperativas establecidas a favor de terceros o que sean contrarios a normas básicas de la estructura de la sociedad anónima; 5) los acuerdos

<sup>352</sup> Las continuas violaciones a estos derechos básicos de las “minorías” han sido elevadas a consulta ante la SuperCías, tal como lo demuestra el pronunciamiento del ente de control a través de la Doctrina Societaria. Las minorías tienen el derecho de convocar a Asamblea General, y, en el caso de no ser atendidos, poder recurrir al ente de control: “3. Este derecho se halla establecido en beneficio de quien o quienes representen, matemáticamente, por lo menos, el diez y el veinticinco por ciento del capital social, según la especie de compañía; y, por lo mismo, si en los estatutos de una compañía anónima se dijera, por ejemplo, que gozan de esta facultad el o los accionistas que representan "más de la cuarta parte" o "más del veinticinco por ciento" del capital social, ese enunciado sería contrario a la ley. En tal caso, la norma estatutaria no prevalecería contra las legales de los artículos 122 (actual 120) y 226 (actual 213) establecidas en favor de las minorías. 4. Correlativamente, también sería ineficaz la estipulación que acordase este mismo derecho en favor de aquel o aquellos accionistas que representen un porcentaje inferior al diez por ciento o al veinticinco por ciento del capital social, según se trate de una compañía de responsabilidad limitada o anónima, en su orden. Este derecho es ciertamente uno de los que la ley establece en defensa de las minorías, pero, para su ejercicio, la propia ley se ha encargado de limitarlo, al exigir que, "por lo menos", se reúna el diez por ciento o el veinticinco por ciento del capital social, para que sea procedente la solicitud de convocatoria a Junta, respecto de una compañía de responsabilidad limitada o anónima, en su orden; lo cual, además, garantiza la estabilidad de la empresa y evita el abuso del derecho. 5. Por eso, en conclusión, los estatutos no pueden modificar, ni en más ni en menos, los porcentajes legales establecidos en los artículos 122 (actual 120) y 226 (actual 213)”. SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS, “Doctrina 63: Derecho del o los socios o accionistas que representen un porcentaje mínimo del capital social, para solicitar la convocatoria a junta general”, Gaceta Societaria, Octubre-2018, págs. 120-121.

<sup>353</sup> La Corte Nacional de Justicia ha resuelto respecto a casos como: nulidad de Junta General de accionistas, Juicio No. 171-2007, ex Tercera sala E.R., R.O 356, 31/Oct/2012; Oposición ante resolución de Junta de Accionistas, Juicio Verbal Sumario No. 154-99, Primera sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 225, 6/Oct/2000; Negación de acción de protección por nulidad de acuerdo de accionistas. Juicio1531-16-EP, Corte Constitucional del Ecuador, R.O 34, 14/Nov/2017.

sobre derechos de terceros y sobre derechos especiales de los socios sino se toman con el consentimiento de estos últimos (pág. 140)

*Violaciones al derecho de voto en las Asambleas Generales de Accionistas.* Partiendo de los principios de que cada acción da derecho a un voto y que se requiere de al menos del cincuenta por ciento de los votos para que una decisión sea válida, en las asambleas se presentan casos en que ocasiones en que se toman resoluciones con cantidades de votos menores a las requeridas. Se trata de una de las más frecuentes violaciones a lo establecido por ley o los estatutos. Salvo disposición legal contraria: para tomar acuerdos en junta general se requiere del voto de la mayoría simple o de la mitad más uno, así como de mayoría calificada de tres cuartas partes del capital social en asuntos relevantes y exclusivos de la asamblea de accionistas.

*Abuso en las transferencias de acciones.* En principio, la oferta de compra y venta de acciones goza de libre transferibilidad, pero puede dirigirse con preferencia a todos los accionistas. Conviene, en este sentido, fomentar la buena relación entre accionistas, propiciando pactos que permiten complementar, modificar o concretar transacciones entre socios o accionistas, como el pacto *tag along* o derecho de co-venta, pacto *drag-along* o derecho de arrastre, pacto o cláusula de tanteo o conocimiento”: A través del primero, el accionista mayoritario se obliga a vender sus título, en todo o en parte, pero, a través del segundo, se obliga hacerlo a los accionistas minoritarios, que son sus pares; por medio del tercero, los accionistas minoritarios puede adquirir con preferencia las acciones a un precio y plazo determinado establecido de común acuerdo con los mayoristas. Para el plazo, pueden ofrecerse las acciones a terceros.

### **Abusos respecto al derecho de información**

La compañía debe aprovechar los avances tecnológicos para acercar la información a los accionistas, por ejemplo, a través de correos electrónicos, redes sociales, pagina web. Es un axioma societario que los socios, antes de la celebración de cada asamblea general, tienen derecho a pedir información respecto a todo lo concerniente a la compañía, en especial de los balances financieros. Pueden solicitar cualquier tipo de información. Lamentablemente, es

un derecho que muy pocos accionistas minoritarios lo ejercen, por algunos motivos: 1) se desmotivan ante la poquedad de sus aportaciones, 2) hay casos de desprecio por parte de quienes deben dar la información a causa de que los minoristas no constituyen un peso en la toma de decisiones; 3), en algunos casos, no tienen acceso a las actas, que solo son firmadas por el presidente y el secretario; 4) el ambiente adverso se acentúa en sociedades abiertas con capitales mayores y que cotizan en bolsa.

### **Abuso en relación a las reformas al pacto social**

A pesar de existir el derecho de suscripción preferente de los socios accionistas al aumento de capital<sup>354</sup>, en la mayoría de los casos los socios minoritarios por su poca capacidad económica quedan excluidos de los llamamientos a aumento de capital, consecuentemente se les diluye su porcentaje de participación social, convirtiéndolos cada vez más en socios minoritarios con menor capacidad. Es una de las situaciones violatorias buscadas a veces con motivación de lucro y se emplea como medio de las mayorías para poner a las minorías en una situación menos ventajosa y obligarlas a apoyar acuerdos que beneficien a la mayoría.

### **Abuso en los procesos de fusión societaria y aumento de capital**

Los minoristas en ocasiones son afectados en sus derechos cuando se realizan las fusiones societarias, sobre todo en las anónimas de capital cerrado o abierto. Estos casos suceden cuando sus participaciones son menguadas en la toma de acuerdo de fusiones. El minoritario que está de desacuerdo, por ley puede tomar la decisión de separarse la compañía, exigiendo el reembolso de sus acciones en proporción al capital social, incluso conforme al último balance aprobado. De igual modo, quien se abstuvo está en completa libertad para seguir o no en la fusión. En ambos casos, la normativa referente al gobierno corporativo debe contemplar la posibilidad de que el accionista minoritario puede poner de manifiesto el desacuerdo, caso contrario no procede el derecho de separación.

<sup>354</sup> Corte Suprema de Justicia, Tercera Instancia, Gaceta Judicial, Año LXXXIX, Serie XV. No. 6, pág. 1562, Quito, 12/May/1989.

De otro lado, el minorista se encuentra en desventaja cuando, en ciertas ocasiones los socios mayoritarios acuerdan aumentos de capital, cuando los minoritarios no están en condiciones de realizar sus aportes, produciéndose el famoso caso de la dilución del capital social de los accionistas minoritarios, que es lo mismo hablar de devaluación de sus acciones o de su porcentaje de participación social en la sociedad. En este sentido, el código de gobierno corporativo de cada compañía puede plantear un mecanismo de protección llamado aporte con prima y aplazo, al estilo de la legislación española o argentina<sup>355</sup>, a fin de proteger al socio minoritario en el aumento de capital y así evitar la dilución de su participación accionaria en porcentaje y valor de sus acciones.

### **Abuso en la disolución y liquidación de la sociedad**

Si partimos del principio de equidad en una compañía, todos los socios tienen los mismos derechos en cuanto son titulares. Sin embargo, se sabe que los minoristas no están muy de cerca del proceso de liquidación y por lo mismo están expuestos al abuso en cuanto a la cuota de la liquidación, pues en dicho proceso los mayoristas gozan de prelación. Las buenas prácticas corporativas deben evitar estas situaciones de daño al patrimonio del socio, con el fin de no dar cabida a acciones penales cuando se llegase a comprobar el daño patrimonial del socio.

#### **5.1.2 Junta General de Accionistas**

La actuación de los socios en la Junta General de Accionistas (JGA) es difusa. De otro lado, la JGA muchas veces actúa “desde lejos” y su actuar se reduce a una sola reunión anual ordinaria y una que otra reunión extraordinaria para tratar temas relevantes. Carece de agilidad y se reviste de formalidades innecesarias, sin que todavía se ponga a la par de los adelantos tecnológicos que le permitirían un mayor acercamiento con el directorio, la gerencia y la fiscalización, y, por qué no decirlo, con los empleados, los clientes y proveedores.

<sup>355</sup> PALACIOS BRAGG, F., “Análisis de los abusos cometidos por los socios mayoritarios contra las minorías societarias en la sociedad anónima; algunas alternativas de solución”, Revista de Derecho, No. 16, 2013, pág. 55.

### 5.1.3 La directiva

Debemos partir de la situación jurídica de las empresas de acuerdo a nuestra legislación, para establecer la importancia y papel del directorio de las compañías y de qué manera fortalecer sus funciones.

En primer lugar, nuestra legislación<sup>356</sup> considera a las personas jurídicas como incapaces relativos, esto es, no pueden representarse por sí mismo y tienen necesidad de representación.

En segundo lugar, dicha representación no depende de la voluntad de la persona que conlleva las atribuciones sino de la ley<sup>357</sup> (representación legal). En este sentido, la representación de las compañías es de tipo legal, y se hace a través de la “administración”, pues, como se ha indicado, necesitan de una persona natural para poder obligarse, pues la compañía por sí misma es incapaz de hacerlo. Incluso, si un organismo social tiene la resignación de la compañía, este organismo debe actuar a través de un directivo. *De iure*, la Superintendencia de Compañías (Supercías) no aprueba nunca “la constitución de una compañía anónima si del contrato social no aparece claramente determinando quién o quiénes tienen su representación judicial y extrajudicial. Esta representación podrá ser confiada a directores, gerentes, u otros agentes. Es decir, en las compañías ecuatorianas pueden existir algunos administradores que ostenten el cargo de representante legal, judicial o extrajudicial<sup>358</sup>. Si la representación recayere sobre un organismo social, éste actuará por medio de un presidente”<sup>359</sup>. Estos administradores conforman un cuerpo colegiado denominado directorio.

<sup>356</sup> Código Civil (CC), artículo 1464: “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado el mismo”.

<sup>357</sup> CC, artículo 544: Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

<sup>358</sup> VÁSQUEZ LÓPEZ, V., *La administración en las compañías de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas*, Universidad del Azuay, Cuenca, 2008, pág. 24: “como en una compañía pueden existir varios administradores, en el estatuto social debe aparecer claramente determinado quién o quiénes tienen la representación legal, judicial y extrajudicial de la misma, así lo exigen tanto el numeral 8. del artículo 137 de la Ley de Compañías, al referirse a las compañías de responsabilidad limitada, como el numeral 10. del artículo 150 y el 252, en las sociedades anónimas. Tales administradores pueden llamarse, gerentes, directores, agentes, etc. Si la representación legal recae sobre un organismo social, éste actuará por medio de un presidente”.

<sup>359</sup> Ley de Compañías, artículo 252.

Lamentablemente, las sociedades ecuatorianas se encuentran rezagadas en relación a la conformación del directorio, tal como se concibe en la actualidad, pues la administración la realiza una sola persona o grupo cerrado que toman las decisiones en la compañía, lo que impide tomar decisiones independientes, realizar el control con total transparencia y ofrecer información veraz. Es por ello que, muchas veces, los directivos flaquean en sus responsabilidades, pues no existe un control externo y en ocasiones están de por medio los compromisos con un grupo determinado de accionistas, lo que ha llevado a que un ejecutivo o grupo cerrado posea poderes absolutos sobre la empresa. De otro lado, que un solo ejecutivo o grupo cerrado dirija la empresa impide que se tomen decisiones de forma democrática, con la suma de votos de mayoría, que existan propuestas que deben ser discutidas, defendidas, aclaradas o mejoradas.

Además, el ejecutivo de las compañías ecuatorianas hace las veces de presidente, gerente ejecutivo, contador, y, sin exagerar, a veces de secretario de la compañía. Para el moderno gobierno corporativo es impensable que un ejecutivo se auto convoque a Junta General de Accionistas cuando solamente él es el único miembro del directorio. Está demás decir que, ante esta situación se piense, por ejemplo, en un Comité del directorio, que realice el nombramiento de “otros” ejecutivos y establezca sus remuneraciones.

Ahora bien, la existencia de un grupo cerrado en el directorio no ha permitido la actuación de los llamados Comités, como aquellos que se encargan del nombramiento de nuevos ejecutivos, así como de sus remuneraciones. No existe la costumbre tampoco de preocuparse por la capacitación no sólo de los nuevos ejecutivos, sino también de los que posee la empresa. Peor aún, el grupo cerrado jamás piensa en los riesgos operacionales a los que está expuesta la sociedad.

Finalmente, el directorio carece de un estatuto que regule su composición, tamaño, estructura, procedimiento parlamentario, etc., así como tampoco cuentan muchas veces de un Código de ética que sirva de guía en el ejercicio de los derechos y deberes del directorio.

#### 5.1.4 Mecanismos de resolución de conflictos

En la realidad societaria ecuatoriana, los puntos de conflicto de interés más comunes en los que suelen involucrarse los directores, son: 1) transacciones realizadas con la compañía<sup>360</sup>; 2) Uso del nombre y marca de la compañía; 3) abuso de su posición como administrador para influir en los negocios de la empresa; 4) recibir préstamos ; 5) usar activos sociales de la compañía; 6) empear la información confidencial de la empresa; 7) aprovechar a beneficio personal las oportunidades de negocio de la empresa; 8) recibir honorarios extras de terceros.

Ahora bien, muchos de estos conflictos no se resuelven al interior de la compañía, por ejemplo, en la Junta General de Accionistas, sino que los socios, proveedores, trabajadores e inversionistas acuden a las instancias judiciales, con la consiguiente pérdida de tiempo y de dinero. Esto sucede porque se desconoce la institución jurídica de la negociación y los mecanismos de resolución pacífica de conflictos, como la mediación y el arbitraje

La negociación ha estado reconocida por el CC, artículo 2348, que regula el contrato de transacción entre partes que desean precaver un litigio o terminar uno ya iniciado: “Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”. Actualmente, la mediación y el arbitraje son los dos mecanismos de solución de conflictos, alternativos al proceso judicial, entre personas naturales o jurídicas, entre nacionales o entre nacionales y extranjeros, que se encuentran mayormente regulados en nuestra legislación nacional, a través de la Ley de Arbitraje y Mediación (LMA)<sup>361</sup>, en sintonía con la Constitución actual<sup>362</sup>. Estos mecanismos

<sup>360</sup> Aunque la ley permite a los directores realizar transacciones ordinarias que no comprometan el patrimonio, la finanza y el resultado de la compañía, estas, empero, deben realizarse siguiendo los estándares fijados en la Ley y el Estatuto y constar en el Informe de la sociedad. De lo contrario, debe someterse a un análisis y posterior decisión de abstención de las transacciones por parte del administrador.

<sup>361</sup> Vigente desde el 4 de septiembre de 1997, cuando en el Registro Oficial No. 145

<sup>362</sup> Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del año 2008. “Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la Ley”

alternativos de solución de conflictos son eficaces sobre todo cuando los problemas surgen *ex post* Junta<sup>363</sup>.

### 5.1.5 Relación entre accionistas y grupos de interés

La relación entre la directiva y los llamados “grupos de interés” se realiza casi siempre sin gestión y armonía. No están totalmente claros y no son efectivos los mecanismos para fortalecer las relaciones entre socios, administradores, acreedores, trabajadores, inversionistas y terceros, lo que pone a la empresa en una evidente desventaja en un mercado competitivo en donde es una necesidad esencial crear, mantener y perfeccionar la relación de la directiva con los grupos de interés. En efecto, en las compañías nacionales no se tiene en la mira, por ejemplo, el equilibrio de satisfacción del interés de todos los grupos de la organización, sino solamente a los accionistas, olvidándose que los grupos de interés pueden constituirse o en una amenaza o riesgo para la compañía o un factor de fortaleza y cooperación.

Se cae en el error de no identificar y valorar a los *stakeholders*, con el fin de establecer una interacción mutua con ellos. El Estado es uno de ellos. Es verdad que el Estado depende de la compañía como fuente de recursos para aumentar los ingresos públicos a través del cobro de impuestos y tasas. Pero es en este campo en el que las compañías evaden sus obligaciones tributarias o incumplen con normas básicas de seguridad, sin pensar que la compañía depende del Estado para que le brinde seguridad y las condiciones políticas, económicas y sociales para su adecuado desarrollo y supervivencia. Otro tanto podemos decir respecto a la falta de una buena relación con la comunidad, las ONG<sup>364</sup>, contratistas, pero especialmente con: 1) los proveedores, quienes suministran los insumos vitales para la producción de bienes; 2) los clientes, que consumen los productos y servicios y son la fuente principal de ingresos; 3) acreedores y sector financiero, pues estos proporcionan a la sociedad el capital y los plazos

<sup>363</sup> Los Centros de Mediación y Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Quito y de Guayaquil gozan de prestigio y eficacia en la solución de conflictos entre accionistas, o entre accionistas y Junta, administradores y accionistas, o cuando los intereses de terceros, como clientes o proveedores, entran en conflicto con la compañía. RIVERA CÁRDENAS, L., *La Mediación y su aplicación como medio alternativo de solución de conflictos en la ciudad de Quito*, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2015, págs. 41-42; BLUM MOARRY, M., *El arbitraje, un medio para solución de conflictos de responsabilidad civil extracontractual de la empresa*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2012, págs. 59-62.

<sup>364</sup> CASTAÑO QUINTERO, A., DÍAZ CÁCERES, N., y LOZANO CORREA, J., *Manual para la gestión del relacionamiento con los grupos de interés*, Universidad EAN, Bogotá, 2012, págs. 11-17.



de para para el desarrollo de sus actividades y el fortalecimiento de la liquidez; 4) los empleados, principal fuente que aporta el trabajo, las capacidad, conocimiento, destrezas, habilidades y experiencia a la empresa, a quienes en ocasiones, la administración no les reconocen sus derechos laborales, y se deja a un lado la parte humana, cayendo en la explotación, remuneraciones que no están acorde con el puesto de trabajo, horario, título académico, experiencia, etc.; 5) accionistas potenciales, que son la fuente de futuros ingresos, y que, por ley, van a asumir el riesgo por la gestión de los ejecutivos, precio de acciones, generación de beneficios, etc.

Quizá la situación más embarazosa a nivel de gobernanza se encuentra en la relación entre accionistas y de éstos con la compañía. No se parte del hecho que los accionistas han comprometido y puesto en riesgo su capital y que deben establecerse canales de diálogo de encuentros que permitan cruzar información transparente sobre puntos neurálgicos de la empresa, como la lealtad de éstos a la compañía, la transparencia, responsabilidad, etc. Sin embargo, no es menos cierto que debe establecerse límites a los accionistas, y ser objetos de control, sobre todo en las operaciones de mercado y en la competencia mercantil de los directores dentro de la compañía.

#### **5.1.6 Relación con el ente de control**

Urge optimizar la relación con el ente de control. En efecto, las sociedades de capital están prestas para agilizar el control societario, pero los resultados se pierden en el entramado de las diligencias, cumplimiento de requisitos y demás aspectos que obstaculizan un gobierno corporativo efectivo por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

## **5.2 PROPUESTA ANTE LAS NECESIDADES SOCIETARIAS PARA IMPLEMENTAR EL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

¿Cómo se puede superar estos obstáculos de gobierno corporativo en las empresas de capital en Ecuador? Urge que las compañías conozcan el contenido y beneficios del buen gobierno corporativo, de sus ventajas para los propietarios (en particular minoritarios) e incluso para

la gerencia (cuando propiedad y administración están separados) y otros actores, y sobre todo su valor económico al reducir determinados riesgos que se acumulan casi imperceptiblemente.

Es necesario, pues, que las compañías de capital del Ecuador decidan acoger las prácticas, principios o lineamientos de normas de buen gobierno corporativo, sea que voluntariamente lo quieran cumplir o solo quieren acogerlos de modo parcial o expliquen por qué no lo quieren aplicar. Estamos frente al principio de *comply or explain*, cumplir o explicar<sup>365</sup>. Bajo este principio, las compañías deben presentar un informe anual de gobierno corporativo, respecto a su cumplimiento, causas de su incumplimiento y recomendaciones

La correcta aplicación del buen gobierno corporativo permitirá, no sólo mejorar el marco regulatorio en el Ecuador respecto a las compañías de capital, sino también se podrá contar con un gobierno corporativo que proteja a los inversionistas, especialmente a los minoritarios, dispersos o no vinculados con la administración de la empresa, evitar prácticas predatorias, incrementar las inversiones, reducir el costo de financiación, y, en fin, obtener el éxito deseado en la compañía.

Conviene ahora exponer algunas propuestas relacionadas con las necesidades societarias acuciantes de las empresas mercantiles ecuatorianas de capital que ameritan la implementación del gobierno corporativo, y son las siguientes: 1) mayor protección de los socios minoritarios; 2) La Junta General de Accionistas como verdadero órgano de gobierno y control efectivo; 3) Fortalecimiento de las responsabilidades de los directorios; 4) Mejores alternativas reales de solución permanentes de conflictos; 5) Mejoramiento de las relaciones

<sup>365</sup> Los lineamientos de un gobierno corporativo para las compañías son flexibles. Pero, al adoptarse, deben de cumplirse. BARCO, E., *Análisis de la aplicación del Código de Gobierno Societario en la Argentina*, Universidad nacional del Sur, Bahía Blanca, 2017, pág. 32: “Respecto al no cumplimiento de las recomendaciones o principios de los códigos, los que siguen la tradición de Cadbury Report (1992), adoptan un criterio de *“comply or explain”*: la organización no está obligada a cumplir con los postulados enunciados en los códigos de Buenas Prácticas, pero en caso de no hacerlo, debe explicar por qué no lo hace... La esencia del modelo “cumpla o explique” consiste en la obligación de revelación, que facilita y unifica el acceso a la información de los inversionistas. De esta forma, el sistema permite que el mercado premie las empresas más transparentes y correctamente administradas, penalizando a aquellas que se apartan de las buenas prácticas y no explican por qué lo hacen. El requisito para aplicar este modelo es que la información sea homogénea y comparable, y las conductas observables y operativas

entre socios, administradores, acreedores, trabajadores y demás inversionistas; y, 6) Optimización de la relación con la entidad de control.

### **5.3 MAYOR PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS MINORITARIOS**

En general, los accionistas deben tener derechos respecto a la toma de decisiones en la Junta General de Accionistas (JGA), la información que debe recibir y la participación en los beneficios. De otro lado, excepto en las empresas pequeñas, la compañía necesita de la existencia de una estructura política tripartita que gobierne la empresa a través de la Junta General de Accionistas, como órgano de gobierno, del Directorio, como órgano de administración y de los órganos de fiscalización, que auditan a la compañía. El buen gobierno corporativo debe establecer lineamientos que permitan el normal ejercicio de los derechos de los propietarios a través de estos órganos.

Existe la necesidad imperiosa, por tanto, de que el gobierno corporativo salga al paso de estas violaciones de los derechos de los accionistas minoritarios. Para ello, el gobierno corporativo debe tener presente los principios de buena fe y del interés social, así como la implementación de mecanismos de protección por la vía estatutaria y el empleo de diversas acciones procesales y recursos en la vía jurisdiccional.

**Principio de buena fe.** Se trata de establecer un clima de fidelidad y lealtad entre los socios, o de buena fe en los negocios. Es un requisito esencial en la etapa precontractual, pero con mucha más razón en el decurso de la existencia de la compañía, en la que debe existir la mutua confianza entre socios mayoritarios y minoritarios. Si no existe la buena fe entre los socios, simplemente se lesiona la confianza, los negocios no logran su cometido, deambula la sospecha de que se están realizando a espaldas de los otros socios actos que rigen contra la norma, el estatuto y contra cualquier resolución que se tome en asamblea.

**Principio de interés social.** Tanto las mayorías como las minorías están supeditadas a este principio. En este sentido, se trata de establecer verdaderos acuerdos sociales por el bien de todos, sin que ninguna resolución resulte lesiva para unos y beneficiosa para otros. No se trata de pensar solo en el bien de la sociedad mercantil como persona jurídica sino en el bien

de cada uno de sus propietarios. Como veremos después, los administradores deben jugar un papel importantísimo en el respeto de los derechos de los capitalistas mayoritarios o minoritarios.

**Implementación de mecanismos de protección por la vía estatutaria.** El gobierno corporativo debe contemplar mecanismos de protección para las minorías, a través, por ejemplo, de la vía del pacto social o de los estatutos.

En primer lugar, en las empresas debe establecerse la posibilidad de pactar acuerdos en los que se respeten los derechos de los accionistas sin basarse en las exigencias de los porcentajes, por ejemplo, 1) en los casos de convocatoria para junta general extraordinaria, establecer que puede ser convocada con la cuarta parte de los accionistas, o la vigésima parte de los accionistas, o un porcentaje más o menos a los indicados<sup>366</sup>; 2) reformas al pacto y estatutos, 3) fusiones societarias, 4) aumento de capital, 5) disolución anticipada de la sociedad, 6) reducción del capital social, 7) reintegración del capital, 8) cambio de objeto de la sociedad, 9) pactar porcentajes menores para proteger su condición de accionistas, etc.

En segundo lugar, sin contravenir la ley, el pacto social y los estatutos, deben permitirse los acuerdos privados entre accionistas, especialmente entre las minorías, sobre todo para: 1) alcanzar una mejor posición, 2) ejercicio del derecho al voto cuando se quiere hacer frente a la votación de la mayoría que quiere tener ventajas y beneficios frente a las minorías, 3) ocupar un cargo en el directorio, 4) ejercer voto en conjunto con otros accionistas en asuntos de especial relevancia, 5) mejorar la posición en el aumento de capital.

En tercer lugar, en un buen gobierno corporativo debe permitir que las minorías puedan agruparse y ganar en la compañía mayor representatividad. De hecho existe la experiencia societaria española, en la que la Asociación Española de Accionistas Minoritarios de

<sup>366</sup> El Código de Comercio de Nicaragua (Decreto Ejecutivo No. 248, del 30 de abril de 1914), en su artículo 257 lo prevé: "...La Junta General extraordinaria se convocará siempre que lo crea conveniente la Junta Directiva, o cuando lo pidan por escrito y con expresión del objeto y motivos, los accionistas cuya participaciones reunidas represente, al menos, la vigésima parte del capital social. Si el contrato social concede ese derecho a los accionistas que representen menos, se observará lo pactado. De la misma manera tienen los accionistas el derecho de pedir que se anuncien determinados asuntos como objeto de la deliberación de la Junta General"

Empresas Cotizadas<sup>367</sup> (AEMEC), está para defender intereses comunes de los asociados. Esta especie de sindicación de los accionistas minoritarios que actúan como uno solo, sobre todo cuando deciden votar en forma unitaria, es distinta a la figura de la sindicación de las acciones o restricción a la libre transmisibilidad de las acciones establecidas en los estatutos.

**Empleo de diversas acciones procesales y recursos en la vía jurisdiccional.** Si bien los accionistas, y estos como los administradores, deben solucionar las controversias de forma amigable, la minoría puede recurrir internamente a los organismos sociales de la compañía para hacer valer sus derechos. Externamente, aparte de hacer uso de los medios pacíficos de solución de conflictos (mediación y arbitraje), es posible que, ante la violación de sus derechos, acudan a la vía judicial. En este caso, lo hará para ejercer su derecho corporativo a la impugnación de las resoluciones de la asamblea general, ante la Supercías o instancia judicial, de acuerdo al Código Orgánico General de Procesos, solamente cuando la Junta Directiva se negare, por ejemplo, a convocar la junta general solicitada por los socios.

El gobierno corporativo debe contemplar también la posibilidad de recurrir expresamente a una instancia judicial cuando la Junta Directiva se negare a la rendición de cuentas solicitada por la minoría, en base a la prueba mercantil por antonomasia, esto es, los libros, que hacen prueba en juicio.

Finalmente, las conductas abusivas de la administración de la sociedad en perjuicio de la minoría pueden acarrear responsabilidad penal, por ejemplo, en los casos de gestión abusiva, publicación de balances falsos.

#### **5.4 LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS COMO VERDADERO ÓRGANO DE GOBIERNO Y CONTROL EFECTIVO**

EL Código de Buen Gobierno Corporativo debe empoderar a la JGA como el único y verdadero órgano supremo de gobierno y de control, tal como lo indica la LC<sup>368</sup>. De ahí que urge establecer reglas claras del accionar de la JGA relacionados con sus atribuciones, la

<sup>367</sup> <https://www.aemec.eu/>

<sup>368</sup> LC.. Art. 116: “La junta general, formada por los socios legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la compañía”

convocatoria, el voto, solución de conflicto, y con mecanismos moderno de facilitar el ejercicio de la información. A la Junta deben asistir los accionistas, sea en persona, o por apoderado, mandatario (*proxy voting*) o por video conferencia. Es en la JGA en la que el Directorio en pleno (presidente, directores ejecutivos, directores no ejecutivos, directores independientes) adquiere una visión completa de la situación financiera de la compañía.

#### **5.4.1 Atribuciones**

Por un lado, es importante establecer, desde la creación de la compañía, la condición legal de la JGA como órgano supremo de gobierno, y por otro lado, definir sus competencias exclusivas e indelegables. Sus funciones deben estar plasmadas en el contrato o estatuto y su *modus operandi* en un Reglamento, aprobado por mayoría simple, cuyo incumplimiento supone la imposición de penalidades al interior de la compañía, y que, para mayor conocimiento del mismo, estará en la página web y redes sociales de la empresa.

En el Contrato o estatuto debe indicar con claridad la competencia de la JGA que propenda al desarrollo de la actividad empresarial de la compañía, sobre todo en lo concerniente a la elección y remoción de los miembros del directorio, nombramiento de los auditores externos, política de remuneraciones, autocartera o recompra de acciones propias, autorización de los activos estratégicos.

En el Reglamento deben establecerse los procedimientos adecuados relativos a la convocatoria ordinaria, convocatoria solicitada por accionistas minoritarios o mayoritarios, preparación, información y desarrollo de la JGA, la forma justa del ejercicio del derecho al voto, acceso a la información, antes, en y después de la Junta, el modo de concurrencia.

#### **5.4.2 Convocatoria**

El director encargado legalmente de hacer la convocatoria debe tener en un archivo o libro físico los datos de todos los accionistas, incluyendo correo y redes sociales, con el fin de hacer conocer de la mejor manera la convocatoria a la JGA.

Resulta provechoso para nuestro gobierno corporativo lo establecido en la Ley de Sociedades de Capital<sup>369</sup>, respecto a la forma de convocatoria: la JGA puede convocarse a través de la página web de la compañía. De no existir la página web, la compañía puede realizar la convocatoria en uno de los diarios de mayor circulación del domicilio principal de la compañía. Con todo, la convocatoria puede realizarse por los medios previstos en el contrato<sup>370</sup>. En este sentido, el Estatuto de la Compañía puede establecer como medio de comunicación de la convocatoria el correo electrónico del accionista. El Estatuto especificará la forma cómo deben ser convocados los accionistas extranjeros cuando la compañía no posea web, por ejemplo, por correo electrónico, por escrito en el domicilio personal, etc.

Respecto a la convocatoria a través de la web de la compañía, conviene acoger y adaptar a la realidad ecuatoriana la normativa española<sup>371</sup>: 1) debe ser obligatoria para las sociedades cotizadas; 2) su creación deberá acordarse por la JGA y su aprobación constar en el orden del día de la reunión; 3) el acuerdo de la creación deberá hacerse conocer a la SuperCías y a los accionistas por todos los medios posibles (prensa, correo electrónico, por escrito); 4) el acuerdo de modificación, traslado o supresión de la web se hará conocer a los socios por la prensa y el correo electrónico personal.

<sup>369</sup> LSC, Art. 173: “1. La junta general será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad si ésta hubiera sido creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis. Cuando la sociedad no hubiere acordado la creación de su página web o todavía no estuviera ésta debidamente inscrita y publicada, la convocatoria se publicará en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social. 2. En sustitución de la forma de convocatoria prevista en el párrafo anterior, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. En el caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones. 3. Los estatutos podrán establecer mecanismos adicionales de publicidad a los previstos en la ley e imponer a la sociedad la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios de los anuncios de convocatoria insertados en la web de la sociedad.”

<sup>370</sup> LC, art. 119. En efecto, “en el estatuto de la compañía puede contemplarse bien la convocatoria por uno de los medios indicados, o bien por ambos. La expresión “por los medios previstos en el contrato” es muy amplia y dentro de ella cabe la comunicación escrita a los socios, sin perjuicio de la convocatoria por la prensa, si los dos medios estuvieren contemplados en el estatuto social. En todo caso, la convocatoria deberá ser igual tanto en la publicación por la prensa como en la comunicación escrita que se dirija a los socios.” SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS, “Doctrina Societaria 134: No hay inconveniente en que para cumplir la exigencia legal de que conste en el estatuto de la compañía de responsabilidad limitada el modo de convocar a reuniones de junta general, se consigne, en dicho instrumento, la estipulación de que la convocatoria se hará, simultáneamente a través de comunicación escrita, dirigida a cada socio, y mediante publicación por la prensa”, Octubre-2018, pág. 336.

<sup>371</sup> Cf. LSC, Art. 11:

El contenido de la convocatoria debe reducirse a puntos precisos y no difusos<sup>372</sup>. La convocatoria precisará detalles importantes como lugar, dirección, día, hora de la Junta. En el correo electrónico y en las redes sociales se señalará el enlace para cooptarse vía *on line* a la Junta y el empleado encargado de guiar a los accionistas para la correcta conexión por videoconferencia.

En las compañías anónimas, los accionistas que representen el 25% del capital social pueden solicitar la convocatoria a JGA para tratar puntos relevantes. En cambio, en las compañías de responsabilidad limitada, pueden solicitarla los socios que representen el 10% del capital social. La Junta se realizará en el plazo de 15 días contados a partir de la fecha de la convocatoria. Si la dirección se rehúsa a la convocatoria, los accionistas pueden acudir a la Supercías para que realice la convocatoria.

#### **5.4.3 Acceso a la información del contenido de la convocatoria**

La remisión de la convocatoria a través del correo electrónico y de las redes sociales debe estar acompañada de toda la información relacionada con los puntos a tratar en la Junta. Esta regla vale también para aquellas convocatorias solicitadas por los accionistas minoritarios. El accionista o socio a solicitar información adicional y completa, pedir aclaraciones, que le remitan incluso en formato pdf documentación relevante de respaldo (estados financieros, nombramientos, propuestas). De no darse la información pertinente, al momento de instalarse la Junta, se puede solicitar el diferimiento de la misma<sup>373</sup>.

#### **5.4.4 Ejercicio del voto**

Es innegable el axioma societario “una acción, un voto”. Se trata de un derecho esencial de los accionistas. Los accionistas, según la naturaleza de las acciones deben ejercer su derecho

<sup>372</sup> En las convocatorias casi siempre se incluye en el contenido de la Convocatoria una frase que a la hora de la Junta permite tratar otros temas no anunciados en la Convocatoria, como aquella de que se tratarán “puntos varios”.

<sup>373</sup> LC., Art. 128: “Todo accionista tiene derecho a obtener de la junta general los informes relacionados con los puntos en discusión. Si alguno de los accionistas declarare que no está suficientemente instruido podrá pedir que la reunión se difiera por tres días. Si la proposición fuere apoyada por un número de accionistas que represente la cuarta parte del capital pagado por los concurrentes a la junta, ésta quedará diferida. Si se pidiera término más largo, decidirá la mayoría que represente por lo menos la mitad del capital pagado por los concurrentes. Este derecho no puede ejercerse sino una sola vez sobre el mismo objeto”



al voto en las JGA<sup>374</sup>. Por lo mismo, en la legislación, ecuatoriana, solo las acciones ordinarias poseen esta prerrogativa, pero las acciones preferidas no tienen derecho a voto<sup>375</sup>, que no deben exceder del 50% del capital suscrito de la compañía. El principio tiene relación con el quórum de instalación y de las decisiones que tome la JGA.

Como el gobierno corporativo constituye una serie de recomendaciones para el ejercicio del poder político en la compañía, y hacer conservar el equilibrio en el ejercicio del derecho al voto, conviene que, además de cumplir con las disposiciones de la Ley y del Estatuto, en lo tocante al ejercicio del voto, se mantengan e implementen principios y prácticas esenciales: 1) La regla es que todos los accionistas tienen derecho al voto, salvo la excepción de las acciones preferidas, que deben conservar su propia regulación. De esta forma, se establece una proporción necesaria entre el ejercicio del derecho al voto y la participación en iguales condiciones en la JGA; 2) El que tiene más acciones, tendrá mayoría, lo que no vulnera para nada los derechos de las minorías; 3) los acuerdos de acciones no deben limitar el ejercicio del derecho de voto de los miembros del directorio, pues, primero está el interés de la compañía por encima de intereses particulares; 4) ejercer el voto a través del *proxy voting*, o voto por poder. El accionista puede ejercer su derecho al voto a través de un mandatario, quien debe asistir a la JGA portando el poder conferido por el accionista para votar. Se sugiere que una persona no puede ser mandatario de dos o más accionistas cuando se trate de acciones de la misma clase. Cuando el accionista tenga un apoderado, el poder del mandatario debe ser acompañado por la copia certificada del poder que posee el apoderado<sup>376</sup>.

<sup>374</sup> SUPERINTENDENCIA DE MERCADO DE VALORES DEL PERÚ, *Código de Buen gobierno Corporativo para las sociedades peruanas*, Lima, 2013, Pilar I, Principio 2, pág. 9: “Los accionistas, según la naturaleza de las acciones que posean, tienen derecho a participar y votar en las Juntas Generales de Accionistas. La sociedad establece claramente en sus documentos societarios el método y el responsable del registro de los derechos de propiedad accionaria, velando en particular porque la matrícula de acciones sea administrada de forma segura y confiable, y se mantenga permanentemente actualizada.

<sup>375</sup> La LC, respecto al derecho al voto, es clara en este tema: Respecto a los miembros de compañías de responsabilidad limitada, dice: (Art. 11, letra a): En relación a los accionistas de sociedades anónimas, señala: “Art. 170.- Las acciones pueden ser ordinarias o preferidas, según lo establezca el estatuto. Las acciones ordinarias confieren todos los derechos fundamentales que en la ley se reconoce a los accionistas. Las acciones preferidas no tendrán derecho a voto, pero podrán conferir derechos especiales en cuanto al pago de dividendos y en la liquidación de la compañía”.

<sup>376</sup> Cf. LC Art. 179; Gaceta Judicial, Compraventa de acciones mercantiles, 29-may-1974; Gaceta Judicial, Compraventa de acciones mercantiles, 13-mar-1990. Esto puede suceder cuando una misma acción tiene varios propietarios. Entonces, si algunos pueden asistir físicamente a la JGA, otros deciden hacerlo a través de un

Sin embargo, se precisa dejar asentado ciertas regulaciones importantes para la validez de la Junta, como buenas prácticas de gobierno corporativo, a saber: 1) Si el accionista es administrador, debe abstenerse de votar, cuando se trate de decisiones relacionadas con gestión; 2) El accionista puede asistir a la Junta a través de video conferencia, hecho que deberá hacer conocer por correo electrónico y que debe ser anotado en la lista de asistente; 3) Si el accionista o su apoderado no puede estar físicamente o por vía *on line*, lo hará a través de otra persona, quién justificará su delegación por medio de un instrumento privado en el que conste por lo menos información sobre lugar y fecha del poder especial, nombre de la compañía, datos del representante, indicación que está legalmente autorizado para asistir a la JGA, datos y firma del accionista o socio que extiende la autorización; 3) Instalada la junta, esta tiene validez aún en el caso que algunos accionistas abandonen la Junta.

La Junta adoptará la votación por mayoría, de acuerdo a lo establecido en la LC<sup>377</sup>, el Estatuto y su reglamento, cumpliendo las siguientes reglas: 1) en las compañías anónimas, la mayoría se computará según el capital pagado con derecho a voto, 2) en las compañías con responsabilidad limitada, se computará según el capital social que acuda a la reunión, o con la mayoría de los socios presentes.

#### **5.4.5 Solución de conflictos**

Importa mucho, desde la ética, que el accionista se abstenga de ejercer su voto cuando tenga intereses personales en el punto de discusión de la reunión como en los casos de excluirle de la sociedad, liberarle de una obligación o concederle un derecho, facilitarle asistencia financiera o garantías, dispensarle de obligaciones, etc. De existir los puntos de conflictos, el accionista debe comunicar a la compañía sobre el hecho.

El Estatuto y el Reglamento deberían incluir en su cuerpo normativo el procedimiento para la prevención de los conflictos, mecanismos internos de solución.

apoderado, que a su vez puede nombrar un mandatario con poder amplio y suficiente para que lo represente en la JGA.

<sup>377</sup> Cf. LC. Arts.50, 117, 157, 184,241.

## **5.6 FORTALECIMIENTO DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS DIRECTORIOS**

En base a estos presupuestos legales, el gobierno corporativo debe establecer claramente, en relación al directorio de las compañías de capital: 1) naturaleza; 2) funciones o competencias generales y específicas; 3) clases; 4) composición, tamaño y estructura; 5) gobierno del directorio; 6) Comités del directorio; 7) Estatuto y Código de Ética.

### **5.6.1 Naturaleza del directorio**

El Directorio es el órgano de administración que tiene a su cargo la dirección y proceso de decisión de la compañía. A su vez, puede establecer otros mecanismos para supervisar y controlar su propio accionar, a través de comités. Representa a los propietarios, orienta y supervisa a la gerencia. Los accionistas deben elegir un directorio que esté a favor del mejor interés de la compañía, cuidando siempre que no se vulneran a las partes interesadas, el objeto de la compañía y su sustentabilidad y el sistema de gobierno de la compañía.

En este sentido, el directorio debe ser profesional e independiente, buscar siempre la viabilidad a largo plazo de la empresa, la sustentabilidad de las operaciones, la protección de los intereses, la protección de los valores de la compañía, y que el interés de los propietarios coincidan con el interés de todos los accionistas. Debe rendir cuentas a los accionistas. En base al principio de igualdad de trato a los accionistas, las relaciones con los accionistas debe ser veraz y eficaz. En este sentido, el directorio no solo debe ser un vínculo entre accionistas y el resto de la compañía sino también tener un contacto directo con los accionistas para ofrecerles información respecto a la dirección y operación de la empresa.

### **5.6.2 Funciones o competencias generales y específicas**

El Directorio debe centrarse en tres funciones o competencias generales o fundamentales y por lo menos 10 funciones o competencias específicas.

**Funciones o competencias generales.** Se trata de responsabilidades fundamentales, como:  
1) Dirigir la estrategia de la compañía, 2) controlar la administración; 3) ser nexos entre

propietarios y la gerencia y otros *stakeholders*. Lo primero supone orientar los recursos financieros y humanos hacia el objeto de la compañía y los fines de los accionistas; lo segundo implica que el directorio establece valores y criterios que deben observarse y procesarse adecuadamente, por ejemplo, en el giro del negocio, el cumplimiento de las obligaciones con los accionistas, con los demás *stakeholders*; lo tercero, en base a su deber de representación, pueden tomar en cuenta las demandas de los *stakeholders* (empleados, clientes, proveedores, instituciones públicas y privadas, y la propia Naturaleza), sin olvidar que, cuando surgen conflictos de intereses, el directorio debe actuar con prioridad en beneficio de los accionistas.

**Funciones específicas.** Éstas deben estar señaladas claramente en el estatuto de la compañía, y pueden ser: 1) Analizar y aprobar de los planes, estrategias y lineamientos del negocio; 2) Crear de mecanismos de relación entre accionistas y *stakeholders*; 3) crear Comités de supervisión; 4) proponer políticas de información y de comunicación con los accionistas o futuros inversionistas; 5) promover mecanismos de reparto de dividendos de la compañía, de acuerdo a la normativa presente en la ley de Compañías, sin perjuicio de los minoritarios y posibilitando su reinversión en la compañía<sup>378</sup>; 6) Nombrar y remover al Presidente y Secretario del Directorio, sin perjuicio que lo pueda hacer la Junta, así como fijar las remuneraciones de los miembros del directorio y de la gerencia; 7) realizar el control de la actividad de gestión; 8) implementar sistemas de auditoría interna y externa; 9) Proponer diseños de procesos de sucesión y de planes de contingencia; 10) aprobar los presupuestos y estados financieros de la compañía para conocimiento de la Junta General de Accionistas; 11) aprobar inversiones o desinversiones; 12) asegurar un proceso formal y transparente de selección de los directores; 13) velar por el cumplimiento de la normativa vigente,

<sup>378</sup> Los criterios de la política de dividendos debe estar al alcance de todos los accionistas. Es de esperar que esta política debe fijarse anualmente, de acuerdo al certificado provisional y acciones, indicando el porcentaje máximo, así como los plazos para su distribución. Recordemos que los accionistas, como titulares, adquieren por lo mismo un derecho de crédito para el cobro de los dividendos: LC. Art. 195: “El certificado provisional y las acciones darán derecho al titular o accionista a percibir dividendos en proporción a la parte pagada del capital suscrito a la fecha del balance”; art. 298: “Sólo se pagará dividendos sobre las acciones en razón de beneficios realmente obtenidos y percibidos o de reservas expresas efectivas de libre disposición. La distribución de dividendos a los accionistas se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado”; art. 256: “Art. 256.- Los administradores son solidariamente responsables para con la compañía y terceros:... 2. De la existencia real de los dividendos declarados”; Art. 209: “Acordada por la junta general la distribución de utilidades, los accionistas adquieren frente a la compañía un derecho de crédito para el cobro de los dividendos que les correspondan”.

precautelando los intereses de los accionistas; 14) promover programas de inducción para los nuevos directores, respecto a sus obligaciones, conocimiento de la estructura, gobierno, fines de la compañía; 15) adoptar y aplicar las prácticas de buen gobierno corporativo.

### 5.6.3 Clases

Las sociedades ecuatorianas se han caracterizado por tener en la administración a una sola persona o grupo cerrado que toman las decisiones en la compañía. Sin embargo, debe pensarse en implementar en la administración no sólo a los directores ejecutivos, sino también a los directores no ejecutivos y a los directores independientes. Por lo tanto, la compañía debe contar con directores ejecutivos, no ejecutivos e independientes. En este sentido, por buenas prácticas, conviene que el directorio esté conformado por más de dos directores, con el fin de que las resoluciones se tomen por mayoría de votos<sup>379</sup>.

De otro lado, es importante que las empresas ecuatorianas adopten buenas prácticas corporativas a la hora de distinguir a los administradores o miembros del Directorio. En efecto, la Ley de Compañías aún mantiene la posibilidad de que, por ejemplo, el presidente y el gerente, sean los encargados de representar a la compañía o tener la facultad de convocar a JGA<sup>380</sup>. Es por esta razón que debe establecerse funciones específicas a la luz de la gobernanza moderna del presidente, gerente y demás directivos, sean esto no ejecutivos o independientes<sup>381</sup>.

**Directores ejecutivos.** Son los que deben tener la responsabilidad de dirigir y controlar la compañía. Si la empresa es grande, conviene que su número sea de acuerdo a las necesidades de la compañía. Sin embargo, en nuestro medio, basta con la presencia de un Director Ejecutivo o Gerente, nombrado en consenso por la JGA<sup>382</sup> quien debe encargarse exclusivamente de la gestión ordinaria de la empresa y de la representación legal de la misma,

<sup>379</sup> LC, Art. 129.

<sup>380</sup> LC, Art. 119: “Las juntas generales son ordinarias y extraordinarias y se reunirán en el domicilio principal de la compañía, *previa convocatoria del administrador o del gerente*”

<sup>381</sup> LC, Art. 252.

<sup>382</sup> LC, Arts. 114, letra g); 118, letra a); Gaceta Judicial, Remoción anticipada de gerente de compañía, 28-ago-2000.

sean estas nacionales o extranjeras<sup>383</sup>, y dejar a los demás directores (no ejecutivos e independientes las otras funciones. Si bien, las funciones del administrador que funge como gerente o director ejecutivo principal (gerente general) están especificadas en la LC.<sup>384</sup>

**Directores no ejecutivos.** Son aquellos que representan directamente paquetes de acciones y su presencia se justifica en la compañía porque son ellos los que defienden los intereses de los grupos de accionistas que representan. Los accionistas pueden ser nombrados como directores no ejecutivos.

**Directores independientes.** Representan los intereses generales de la compañía, vigilando el manejo administrativo de la misma, por parte de los directivos ejecutivos como no ejecutivos. No son accionistas y están vinculados a la gestión ordinaria de la compañía. Es recomendable que los miembros de directorio sean mayormente directores independientes. Su elección debe pasar por un proceso de selección que tome en cuenta la experiencia, conocimientos, destrezas y habilidades de liderazgo y dirección del candidato y que no estén incurso en las siguientes causales: 1) que en un periodo no menor a tres años, haya sido empleado de la empresa o contratista con la compañía como socio, accionista, administrador; 2) tener relación familiar dentro del 3 grado de consanguinidad y 2 de afinidad con directores ejecutivos, no ejecutivos o independientes, si los hubiere; 3) mantener vínculo con los directores; 4) ser representante de un accionista; 5) haber sido director independiente en dos periodos sucesivos.

#### **5.6.4 Composición, tamaño, y estructura**

Con el fin de que la administración sea profesional y represente el mayor porcentaje del capital de la compañía, conviene que el directorio lo conformen directores ejecutivos, no ejecutivos e independientes. De esta manera se evita que un individuo o grupo cerrado posea poderes absolutos sobre la empresa.

<sup>383</sup> Gaceta Judicial, Responsabilidad personal del gerente, 21-mar-1969; Gaceta Judicial, Mandatario de compañía extranjera, 23-mar-1973.

<sup>384</sup> Cf. LC, Arts. 6, 50, 88, 119, 129, 130, 132, 134, 135, 244.

En cuanto al tamaño, las compañías ecuatorianas podrían tener un directorio conformado entre 5 a 11 miembros, de acuerdo a las necesidades de la compañía. Su carácter impar asegura la votación de mayoría.

Es necesario que el directorio cuente con un presidente y secretario, al igual que los Comités de la Compañía, si los hubiere. En la praxis societaria ecuatoriana, el presidente del directorio, al igual que el secretario, es nombrado por el Directorio. El presidente, o el que actúa en su lugar, es el administrador que preside la JGA<sup>385</sup>, suscribe con el secretario las actas<sup>386</sup>, cumple y hace cumplir las decisiones tomadas por la Asamblea y el Directorio, apoya las actividades de la empresa y todas aquellas que le atribuya el Estatuto de la sociedad. Incluso, en algunas sociedades, actúa como representante legal<sup>387</sup>.

Desde la posición que ostenta, el presidente del directorio, no debe limitarse solamente a su deber de concurrir a la JGA como su modelador, sino que está llamado a promover y apoyar la implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo<sup>388</sup>, por ejemplo: 1) colaborando con el directorio en lo tocante a la definición de la visión estratégica de la compañía, 2) vigilancia de las operaciones, 3) cerciorarse que todos los accionistas reciban el trato igualitario, se respeten sus derechos, se protejan sus intereses y se les otorgue acceso a la información, 4) se promuevan mecanismos necesarios de resolución de conflictos, 5) ser un nexo entre los accionistas; 6) asegurarse que los miembros del directorio reciban continuamente la capacitación adecuada para el desarrollo de sus habilidades; 7) apoyar la labor de los directores, por ejemplo, proporcionarles, a través de secretaría, la información que requieran; 8) recoger el informe de remociones y nombramientos por parte del Comité de nombramientos, para que el directorio tome las decisiones. Con el fin de evitar

<sup>385</sup> SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS, “Doctrina 110: Las limitaciones contractuales a las facultades representativas de los administradores son ineficaces frente a terceros de buena fe”, Octubre-2018, pág. 246.

<sup>386</sup> Se trata de un requisito establecido en todas las legislaciones societarias. Por ejemplo, en el Código de Comercio de Colombia, Decreto 410, 27/Marzo/1971, se establece: “Las decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, y firmadas por el presidente y el secretario de la misma, en las cuales deberá indicarse, además, la forma en que hayan sido convocados los socios, los asistentes y los votos emitidos en cada caso” (art. 189).

<sup>387</sup> SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS, Doctrina 78: Nulidades de las resoluciones de las Juntas Generales de Accionistas”, Octubre-2018, pág. 336.

<sup>388</sup> COMITÉ DE MEJORES PRÁCTICAS CORPORATIVAS, Código de Mejores Prácticas Corporativas, Consejo Coordinador Empresarial A.C, México, 2016, pág. 13-14.

preferencias y conflictos, cuando el presidente sea objeto de evaluación, en la votación respectiva lo reemplazará el presidente del Comité de Nombramientos.

Desde otro punto de vista, algunas buenas prácticas formales permitirán agilizar mejor la implementación del gobierno corporativo en las empresas ecuatorianas y que en ocasiones se pasan por alto, relacionadas con el directorio y con los accionistas, como por ejemplo: 1) El informe anual del directorio debe señalar al administrador que actúa como su presidente y al secretario (y, por supuesto, al gerente y a los presidente de los comité); 2) El director, como constancia de su asistencia a la JGA, debe enviar al presidente y secretario un correo electrónico, quienes a su vez suscribirán la lista de asistentes y el Acta con el pormenor de confirmación de dicha asistencia confirmada por correo electrónico; 3) El directorio debería reunirse periódicamente con el presidente, cuando éste lo solicite, por el bien de la compañía, con el fin de escuchar sus propuestas y tomar decisiones oportunas; el Reglamento del Directorio debe especificar funciones del presidente relacionadas con las buenas prácticas de gobierno corporativo, en la medida de sus prerrogativas establecidas legamente en el Estatuto; 5) El presidente del directorio no debe ser nombrado presidente del Comité de Riesgos.

El Secretario o Secretaria es nombrado por el directorio, que establecerá como sus funciones básicas las siguientes: 1) vigilar el cumplimiento de los requisitos formales y materiales de la compañía, en cuanto a documentación, convocatorias, asambleas, constancia en el expediente de los correos electrónicos de que la comparecencia de los directores se hará por video conferencia, etc.; 2) actuar como consultor del presidente; 3) actuar como intermediario entre el presidente y los demás directivos; 4) ofrecer información a los miembros del directorio relacionada con la gestión de la compañía; realizar designaciones o remociones de directores;

El Directorio puede contar, cuando las circunstancias lo requieran, de la presencia de un Consejo Consultivo, conformado por directivos independientes, con el fin de asesorar al presidente, secretario, directores ejecutivos o no ejecutivos, e incluso por profesionales externos en las ramas de contabilidad, derecho, finanzas, comercio, etc. La necesidad del



Consejo Consultivo o de los profesionales externos debe ser requerida por el directorio., La compañía cubrirá sus honorarios, con un contrato civil sin relación de dependencia.

### **5.6.5 Gobierno del directorio**

Es necesario que el directorio realice su gestión de manera legal, eficaz y transparente. En este sentido, se sugieren algunas pautas para el correcto desarrollo de las reuniones del directorio. Como principio, el directorio debe contar con toda la información necesaria respecto a la situación financiera y no financiera del a compañía, la situación del mercado, las estrategias que se aplican para la venta de los productos, la calidad de los mismos, el nivel de satisfacción del cliente, etc. Esta información es crucial para que el gerente, presidente, secretario y demás ejecutivos puedan realizar sus funciones de la mejor manera y las deben recibir con anterioridad a las reuniones para su análisis y formulación de sugerencias y objeciones.

Las reuniones deben realizarse de forma periódica, de acuerdo a lo establecido en el estatuto, para analizar fundamentalmente los siguientes puntos: 1) presupuesto, 2) plan estratégico, 3) cumplimiento de las metas, 4) estados financieros.

Para que las reuniones sean válidas y consten como celebradas, deben contemplar las siguientes recomendaciones: 1) El director ejecutivo debe asistir personalmente a las reuniones, o través de un delegado. Si lo hace por video conferencia, lo hará saber al presidente y al secretario vía correo electrónico; 2) los demás directores pueden asistir personalmente, o a través de algún medio de comparecencia vía video conferencia; la constancia de la comparecencia de los miembros del directorio debe constar en un Acta, o a través de la grabación del audio o videoconferencia, que deberá ser guardada por el secretario en una memoria, formando parte del expediente; 3) el secretario debe otorgar a los directores copias de la grabación por email o en físico.

### **5.6.6 Comités del directorio**

Es necesario que el directorio cuente con órganos de apoyo o comisiones especiales, conformados por profesionales en su respectiva rama, que sin ser parte del directorio,

coadyuven al tratamiento de los principales problemas de la compañía. Sus funciones deben establecerse en el Estatuto. Las empresas grandes cuentan con comités de auditorías, gestión integral de riesgos, nombramientos, retribuciones, evaluación, de ética y buena conducta, de cumplimiento, de calificación de inversiones<sup>389</sup>, etc. De acuerdo a la realidad societaria de las empresas ecuatorianas, es suficiente que estas cuenten con tres comités: de auditoría, de nombramiento de directores y de riesgos.

**Comité de Auditoría.** Las empresas casi siempre cuentan con una auditoría externa. Sin embargo, las empresas grandes, además de la auditoría externa, cuentan también con una auditoría interna<sup>390</sup>. Empero, si la compañía desea atraer nuevos inversionistas, es preciso que además cuente con un Comité de auditoría, conformado por directivos no ejecutivos o independientes, cuya función se centre en: 1) Vigilar el proceso material y formal de la información financiera; 2) presentar recomendaciones respecto a otros aspectos, como peritajes contables, auditorías operativas, de sistemas, tributaria, evaluación de proyectos y de cartera, implementación de costos, tasaciones o reevaluación de activos, inventarios, y otros servicios especiales; 3) Establecer amigables relaciones con el auditor externo, con el fin de conocer su gestión, el plan de auditoría, la calidad de su información, el nivel de independencia con la empresa, los riesgos futuros, etc.; 4) Proponer selección, nombramiento, reelección, sustitución o cese del auditor externo o empresa de auditoría externa; presentar al directorio un informe acerca de la independencia del auditor externo o de la empresa de auditoría externa.

**Comité de Nombramiento.** Lo conforman directores independientes quienes designan a un presidente del Comité. Este órgano debe centrarse en tres funciones específicas: 1) proceso de designación de los directores; 2) retribución; y, 2) proceso de capacitación de los

<sup>389</sup> VILLARREAL, V., *Creación de políticas de buen gobierno corporativo para la aplicación del a cultura jurídica por efecto de la actualización de la legislación vigente en el país*, Universidad Central del Ecuador, Quito, págs. 18-25

<sup>390</sup> En general, el auditor interno tiene como funciones la de diseñar y conducir la política integral del control interno de la empresa, mantener informado al directorio y principalmente al director principal o gerente de los asuntos del control interno, presentar observaciones y recomendaciones, evaluar toda la información financiera y contable, de tal modo que resulte o confiable. La auditoría externa es crucial para la empresa. El auditor externo o la compañía de auditoría externa conviene que se contrate a plazo fijo, renovándose su contrato, previa evaluación de desempeño e independencia por parte del Comité de auditoría.

directores. El Comité debe tener elaborado en un documento la política de nombramiento (proceso de designación y vacantes) y presentar un reporte anual sobre su gestión.

El proceso de designación de directores debe cumplir con los criterios y requisitos formales establecidos en el estatuto y puede desarrollarse de la siguiente manera: convocatoria de los posibles candidatos; selección de acuerdo a los perfiles establecidos por la empresa; presentación del informe de selección al directorio; informe del directorio a la Junta General de Accionistas, pues, por disposición de la Ley, es la que designa o remueve a los directores<sup>391</sup>. Posteriormente, como lo indica la LC., artículo 13, el nombramiento debe inscribirse en el Registro Mercantil.

El Comité debe establecer una política de retribución para los directores ejecutivos y no ejecutivos, considerando la capacidad económica de la compañía, el horario de trabajo, permanencia o tiempo que le dedican los directivos a la empresa, según el perfil establecido, responsabilidades. La remuneración puede ser fija (establecida en el contrato) o variable (si es que en el contrato se establece que la remuneración depende de los resultados financieros de la compañía). En cambio, la remuneración de los directores independientes la debe fijar la Junta General de Accionistas, de acuerdo a la función que cumplan en la compañía y el tiempo empleado.

El proceso de capacitación comprende no sólo la inducción de los nuevos directores sino también su capacitación permanente. Respecto a la inducción, el director o directores nombrados se someten a una etapa de asimilación de sus funciones y responsabilidades, facilitándoles, a través de secretaría, información relevante de la empresa (informes anuales, Actas de las Juntas Generales y del directorio, plan estratégico, etc.) El director o directores serán presentados al directorio, así como a los empleados de la compañía y se les dará las

<sup>391</sup> LC Art. 118: “Son atribuciones de la junta general: a) Designar y remover administradores y gerentes”. Ahora bien, “Conforme dispone el artículo 231 de la Ley de Compañías, el nombramiento y remoción de los miembros de los organismos de administración de las compañías anónimas corresponde a la Junta General de Accionistas, en forma exclusiva, por lo tanto, la elección de miembros, principales y suplentes del Directorio deberá hacerlo necesariamente la Junta General. En tanto que el nombramiento y la remoción del administrador unipersonal, puede ser atribución del Directorio de la compañía, si así lo prevé el estatuto social. Por su parte los administradores de las compañías de responsabilidad limitada sólo pueden ser designados en el mismo contrato constitutivo o por resolución de la Junta General (Art. 139 LC)”, VÁSQUEZ LÓPEZ, V., *La administración en las compañías...* op. Cit., pág. 24.

facilidades para que conozcan a los accionistas. En relación a la capacitación, el Comité procurará que los directores cuenten con todas las facilidades y recursos para el desarrollo de sus conocimientos y destrezas. Una evaluación justa de los directores presupone una política de capacitación continua<sup>392</sup>. De lo contrario, la evaluación con sus respectivas recomendaciones elevadas al directorio, carecería de objetividad y justicia. Finalmente, los lineamientos del respectivo código de gobierno corporativo de la empresa deben regirse por las normas que sobre nombramiento, reelección y remoción de directores contemple la LC<sup>393</sup>.

**Comité de Riesgo.** Debe estar conformado por directivos ejecutivos, quienes nombrarán un presidente. No formará parte de este Comité el Presidente de la Compañía. Su función fundamental es presentar un informe al directorio sobre los posibles riesgos operacionales a los que se expone la compañía, así como las sugerencias para su control y gestión. Es responsabilidad del directorio elaborar una política integral de gestión de riesgos y que la Junta General conozca el informe y la política respectiva, con el fin de tomar los correctivos oportunos.

### 5.6.7 Estatuto y Código de Ética

La compañía debe establecer el estatuto o reglamento del Directorio, señalando con claridad su régimen y procedimiento interno y funcionamiento, procedimiento de ágil y directo de resoluciones, resolución de conflictos. En concreto, el Estatuto fija los siguientes puntos: 1) Composición; 2) Tamaño, 3) Estructura, 4) Procedimiento parlamentario, 5) Derechos, deberes, funciones de los miembros del directorio, 6) Procedimiento de nombramiento, reelección y cesación, 7) Procedimiento de solución de conflictos.

<sup>392</sup> Esta evaluación conviene que sea anual y que el Comité posea un Manual de Evaluaciones. Debe centrarse en el análisis de las habilidades, experiencias e independencia de los directores y cualquier otro factor de desempeño en la empresa. Las recomendaciones del Comité darán luces para que el directorio, a través de votación, realice la reelección, designación o remoción de los directores, con el consentimiento de la Junta General.

<sup>393</sup> La LCom señala que, en las compañías anónimas, la separación “de los administradores puede acordarse en cualquier tiempo por la junta” (Art. 270). En cambio, en las compañías de responsabilidad limitada, la remoción de los administradores es posible si las dos terceras partes del capital pagado concurrente a la reunión así lo deciden

El Código de Ética es un mecanismo que permite establecer la forma cómo debe ser el compromiso de los miembros del directorio con el directorio y con la compañía, de acuerdo a sus funciones. Básicamente debe establecer derechos relacionados con el acceso a la información, trato equitativo, seguridad del trabajo, así como deberes de confidencialidad, compromiso con la compañía, entrega y dedicación. Es importante que se establezcan reglas claras respecto a: pagos impropios, donaciones, nepotismo, actividades no relacionadas con la compañía, medio ambiente, recibo de regalos, etc.

## **5.7 ALTERNATIVAS REALES DE SOLUCIÓN PERMANENTE A CONFLICTOS**

La negociación ha estado reconocida por el CC, artículo 2348, que regula el contrato de transacción entre partes que desean precaver un litigio o terminar uno ya iniciado: “Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”. Actualmente, la mediación y el arbitraje son los dos mecanismos de solución de conflictos, alternativos al proceso judicial, entre personas naturales o jurídicas, entre nacionales o entre nacionales y extranjeros, que se encuentran mayormente regulados en nuestra legislación nacional, a través de la Ley de Arbitraje y Mediación (LMA)<sup>394</sup>, en sintonía con la Constitución actual<sup>395</sup>. Estos mecanismos alternativos de solución de conflictos son eficaces sobre todo cuando los problemas surgen *ex post* Junta<sup>396</sup>.

<sup>394</sup> Vigente desde el 4 de septiembre de 1997, cuando en el Registro Oficial No. 145

<sup>395</sup> Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del año 2008. “Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la Ley”

<sup>396</sup> Los Centros de Mediación y Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Quito y de Guayaquil gozan de prestigio y eficacia en la solución de conflictos entre accionistas, o entre accionistas y Junta, administradores y accionistas, o cuando los intereses de terceros, como clientes o proveedores, entran en conflicto con la compañía. RIVERA CÁRDENAS, L., *La Mediación y su aplicación como medio alternativo de solución de conflictos en la ciudad de Quito*, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2015, págs. 41-42; BLUM MOARRY, M., *El arbitraje, un medio para solución de conflictos de responsabilidad civil extracontractual de la empresa*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2012, págs. 59-62.

Pero también se precisa que los conflictos de intereses se resuelvan de modo preventivo cuando los problemas se presentan *ex ante* Junta<sup>397</sup>, sobre todo cuando se trata de compañías tipo empresa familiar. Depende del accionista hacerlo conocer con antelación, no sea que en la junta otro lo haga. El Estatuto y el Reglamento deben establecer pautas de solución de conflicto de intereses. Esto supone, por supuesto, señalar con claridad los posibles puntos de conflicto, sobre todo de aquellos relacionados con los administradores o con las personas vinculadas con ellos. Los administradores deben abstenerse de realizar algunas funciones o acciones relacionadas con la gestión de la empresa, e incluso de ejercer su voto y en casos muy puntuales, deberán abandonar la sesión o desconectarse de la videoconferencia. De otro lado, la compañía debe establecer reglas respecto de casos puntuales para evitar conflictos futuros, como por ejemplo, prohibir otorgar préstamos al accionista controlador.

En la realidad societaria ecuatoriana, los puntos de conflicto de interés más comunes que deben solucionarse internamente y en los cuales suelen involucrarse sobre todo los directores, son: 1) transacciones realizadas con la compañía; 2) abuso de su posición como administrador para influir en los negocios de la empresa; 3) recibir préstamos; 4) aprovechar a beneficio personal las oportunidades de negocio de la empresa; 5) Uso del nombre y marca de la compañía;; 6) usar activos sociales de la compañía; 7) empelar la información confidencial de la empresa;; 8) recibir honorarios extras de terceros.

Respecto a las transacciones realizadas por los directivos con la compañía, sobre todo por los independientes, lo aconsejable es que deben realizarse siguiendo los estándares fijados en la Ley y el Estatuto y deben constar en el informe de la sociedad. En este caso, el Directorio debe reunirse sin la presencia del director independiente involucrado, para analizar su situación y deliberar para tomar una decisión que beneficie a la compañía. En principio, el Directorio debe verificar si esas transacciones se conducen dentro de parámetros de mercado, en términos de plazos, tasas y garantías y que estén claramente reflejadas en los informes de la compañía. Si se han tomado recomendaciones, deben comunicarse al Comité de Nombramiento y Remuneraciones para que se las haga llegar al director involucrado, sea que

<sup>397</sup> TULCÁN QUIÑONEZ, *Aplicación de un código de convivencia como solución a los conflictos en la empresa familiar*, Universidad de Guayaquil, Guayaquil, 2017, págs. 18-22.

se trate de que continúe o se abstenga de seguir con las transacciones. Las recomendaciones de abstención de las transacciones por parte del director deben ser de cumplimiento obligatorio, so pena de ser separado como director de la compañía.

Es posible que el administrador abuse del poder que tiene dentro de la compañía, lo que se evidencia, como hemos indicado, en la ventaja para influir en los negocios de la empresa, recibir préstamos y aprovechar a beneficio propio los negocios de la compañía. Ante estas circunstancias, corresponde al Directorio reunirse, deliberar y tomar las recomendaciones pertinentes, sin la presencia del director involucrado, teniendo presente que, en base al principio de igualdad, ningún socio está por encima del otro ni tiene privilegios extras ni está en condiciones de actuar en desmedro de los demás. Si bien el Directorio debe siempre prohibir los préstamos al accionista controlador, es posible que se realicen préstamos a los directivos, siempre y cuando sea para beneficiar a la compañía, en base a los pactos de atribución que existan en la empresa.

Algunos conflictos anotados, como uso del nombre y marca de la compañía, usar activos sociales de la compañía, emplear la información confidencial de la empresa y recibir honorarios extras de terceros, deben resolverse lo antes posible al interior de la compañía, a través del Directorio, con el fin de mostrar transparencia y mostrar una imagen libre de corrupción que de seguro devienen en actos de cohecho, soborno y extorsión. En este sentido, los accionistas y el directorio, así como las partes vinculantes debe aplicar las siguientes recomendaciones:

**Abstenerse de realizar ofertas económicas.** Debe evitarse la promesa o dación de pagos indebidos con el fin de obtener ventajas tributarias, agilidad en la tramitología burocrática. Para ello, conviene no emplear a terceros para canalizar pagos indebidos, ofrecer contribuciones a los candidatos para puestos de gobierno, partidos políticos. Si realizan, deben reportarse a la Asamblea General de Accionistas.

**Adoptar controles internos.** La empresa debe contar con un Código de Ética y de políticas y procedimientos anticorrupción, que contemple instrucciones financieras y contables,

sistemas de controles internos, para asegurare la conservación de libros, documentos y registros contables y así evitar el soborno, lavado de activos, etc.

**Promover comportamientos éticos al interior de la empresa.** La aplicación de un Código de ética deviene en la implementación de programas de capacitación, sensibilización y debido cumplimiento disciplinario, controles internos y de las medidas que se tomaren para evitar la corrupción, los sobornos y extorsiones. Los empleados deben tener la seguridad de que sus denuncias contra los directivos corruptos serán recibidas y procesadas con carácter de anónima y confidencial, para evitar futuras retaliaciones. Las investigaciones de los actos de corrupción de los directivos deberán archivarse con el fin de tener documentación de los mismos, con el fin de tener referencias ante potenciales cometimientos de prácticas indebidas o corruptas.

**Establecer canales de transparencia con la comunidad.** Las compañías deben fomentar la apertura y diálogo con la comunidad, para promover la sensibilización y cooperación contra la corrupción en la empresa, sobre todo la realizada por los directivos.

**Adoptar medidas correctivas.** Sobre todo para evitar que no se vuelvan a repetir los actos de corrupción investigados.

## **5.8 MEJORAMIENTO DE LAS RELACIONES CON LAS PARTES VINCULADAS**

Es necesario que las prácticas de gobierno corporativo establezcan en la empresa un conjunto de conductas *ad intra*, cuya práctica determine transparencia en la gestión y armonía entre los directivos, accionistas, usuarios y sociedad, y permitan un mayor compromiso con el acceso a la información y la amistosa solución de conflictos.

Se ha señalado la forma cómo debe ser la relación entre socios o accionistas y entre estos y la compañía. Pero, es preciso establecer pautas que permitan una transparente y sincera relación entre la compañía con las partes vinculadas, como por ejemplo, con personas (naturales o jurídicas) relacionadas con los accionistas, directores ejecutivos, no ejecutivos



e independientes, con las cuales la compañía realiza operaciones. Esto permitirá mayor confiabilidad en la compañía, óptima imagen ante la sociedad, y la seguridad de inversiones.

En este sentido, se requiere que la compañía cumpla fielmente con ciertas regulaciones centradas en: 1) operaciones de mercado; y, 2) competencia mercantil de los administradores contra la compañía.

### **5.8.1 Operaciones de mercado**

La compañía contará con una política de operaciones de mercado, en la que conste el procedimiento de valoración, aprobación y revelación de las mismas. Las operaciones deben reflejarse en los informes de gobierno corporativo, siguiendo estos lineamientos: 1) El auditor externo realiza la revisión de la transacción con las partes relacionadas. Su informe debe pasar por la validación del Comité de Auditoría que lo elevará al Directorio para su aprobación y remisión a la Junta; 2) El Gerente comunica al directorio los detalles las transacciones; 3) los accionistas podrán impugnar ante un juez de lo civil los acuerdos realizados por los administradores<sup>398</sup>; 4) los administradores están obligados a devolver las ganancias fruto de la transacción patrocinada y que ha sido perjudicar a la compañía<sup>399</sup>.

<sup>398</sup> LC., Art. 215: “Los accionistas que representen por lo menos la cuarta parte del capital social podrán impugnar, según las normas de esta ley y dentro de los plazos que establece, los acuerdos de las juntas generales o de los organismos de administración que no se hubieren adoptado de conformidad con la ley o el estatuto social, o que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la compañía. Se ejercerá este derecho conforme a lo dispuesto en el Art. 249”; Art. 249: “Art. 249.- En toda compañía anónima una minoría que represente no menos del veinticinco por ciento del total del capital pagado podrá apelar de las decisiones de la mayoría”. La impugnación no debe haberse presentado ante la Junta general y no haber votado en contra de la resolución. Los impugnantes deben aparejar sus títulos a las demandas, los cuales serán devueltos a la conclusión del juicio. ESCOBAR ALBUJA, C., *El derecho de impugnación de las minorías frente a las resoluciones de juntas generales en las sociedades anónimas y limitadas al amparo de la legislación societaria ecuatoriana*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011, págs. 65-74; CASTRO SANDOVAL, SHUBER, *El derecho de impugnación de los socios que integran una minoría frente a las decisiones de la junta general de accionistas*, Universidad Nacional de Loja, Loja, 2014, págs. 61-72; BAENA BAENA, PEDRO, *Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales de la Junta General de las sociedades anónimas y de responsabilidad Limitada y de la Asamblea General de la Sociedad Cooperativa*, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2006, págs. 193-198.

<sup>399</sup> LC., Art. 272: “La acción de responsabilidad contra los administradores miembros de los consejos de administración, vigilancia o directorios, será entablada por la compañía, previo acuerdo de la junta general, el mismo que puede ser adoptado aunque no figure en el orden del día. La junta general designará a la persona que haya de ejercer la acción correspondiente. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello accionistas que representen la décima parte del capital pagado, por lo menos. El acuerdo de promover la acción o de transigir implica la destitución de los respectivos administradores”

### **5.8.2 Competencia mercantil de los directores contra la compañía**

No debe aceptarse que los administradores compitan contra la compañía que dirigen y controlan, sea modo actual o futuro. Para evitar conflictos futuros debe establecerse en el Estatuto que: 1) Los administradores, previo a su nombramiento, comuniquen a la empresa si poseen acciones en otra compañía o si se dedican al mismo objeto de la compañía que administran; 2) salvo disposición del directorio de la compañía, el administrador saliente no puede aceptar nombramiento de otra compañía como director.

### **5.9 OPTIMIZAR LA RELACIÓN CON LA ENTIDAD DE CONTROL**

De acuerdo con la Constitución de la República (Art.231) y con la Ley de Compañías (Art.430) la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros<sup>400</sup> (SuperCías) es el organismo técnico y con autonomía administrativa, económica y financiera, que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías.

Uno de los aspectos de un buen gobierno corporativo es que la compañía debe cuidar su relación con el ente de control, esto es la Supercías. En general, la LC, establece los eventos societarios en los cuales la compañía debe colaborar con el ente de control, permitir su accionar y dar las facilidades necesarias, pues la Supercías actúa como el último recurso de solución de conflictos.

La relación debe ser óptima en dos niveles jurídicos: el ordinario y el extraordinario.

<sup>400</sup> La vigilancia y control comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables. Es parcial cuando se concreta a la aprobación o negación de la constitución o actos jurídicos posteriores de las compañías o a los actos de declaratoria de la inactividad, disolución o cancelación, así como al proceso de liquidación de una compañía, acción que se manifiesta a través de la práctica de inspecciones de control y la expedición de las pertinentes Resoluciones. Es total cuando se refiere a compañías cuyas características especiales, naturaleza o especie societaria, se encuentran determinadas en la Ley de Compañías (Art.432 LC). CHICO JARAMILLO, M., *Algunas Reformas Urgentes a la Ley de Compañías y la Adopción de una nueva Especie de Empresa Mercantil Simplificada*, Universidad del Azuay, Cuenca, 2012, pág. 26-28:

**Ordinario.** La LC regula las ocasiones en las que la SuperCías actúa en la gestión normal y ordinaria de la compañía, con el fin de precautelar los intereses de los accionistas, hacer cumplir la ley a los órganos de gobierno, como la Junta, el Directorio y la Fiscalización. Su accionar no debe ser obstaculizado por los accionistas ni por las personas vinculadas, ni mucho menos por terceros, en asuntos que atañen, por ejemplo, con: presentación del balance general anual, nómina de los administradores, transferencia de acciones y de participaciones por parte de compañías nacionales como extranjeras, de acuerdo con la reglamentación establecida por la SuperCías (LC. Arts. 20,21, 23, 27, 131); verificación del cumplimiento de creación de nuevas compañías, incluso si se realiza por medio electrónico, fusión (LC., Arts. 103, 136, 147-148, 155, 340); 3) supervisión del superávit por revaloración de activos (LC. Art.140 n. 5); reducción del capital suscrito (LC. Art. 199); supervisión del ejercicio de los derechos de los socios o accionistas (LC. Art. 207); admitir la solicitud de accionistas, socios o comisarios para que convocatoria de Juntas (LC. Art.212, 266); designar comisarios para las compañías a petición de parte o de oficio, peritos, calificar a los auditores externos, (LC., Arts. 277, 299, 318); reglamentar la forma de elaborar formularios de balances y del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias (LC., Art. 295); exigir rectificaciones de los balances (LC., Art. 300).

**Extraordinario.** La compañía debe prestar as facilidades cuando la SuperCías nombra interventores con el fin de vigilar la marcha económica de la empresa<sup>401</sup>. No se trata de un acto judicial sino administrativo, unilateral. Básicamente, se trata de procurar la corrección de irregularidades comprobadas, el mantenimiento del patrimonio, evitar que se ocasione perjuicios a los socios, accionistas y partes vinculadas con la compañía o en la contabilidad se han ocultado activos, etc. Las irregularidades pueden estar relacionadas con la violación de los derechos del os socios y accionistas, contravención contra el contrato social o la Ley.

<sup>401</sup> La potestad de intervenir las compañías bajo su control está ordenado en la LC. Arts. 354-358, así como en el *Reglamento de Intervención de las Compañías Nacionales Anónimas, de Responsabilidad Limitada, en Comandita Simple por Acciones y de Economía Mixta, así como de las Sucursales de Compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas que se hubieren establecido en el país*, Resolución No. 01. Q.ICI.021, R.O. No. 425, 3/Nov/2001. Los accionistas puede denunciar las irregularidades de acuerdo al *Reglamento para la recepción y Trámite de Denuncias*, Resolución No. 07.Q.IJ.002, R.O No. 33, 5/En/2007; OJEDA AYALA, T., *Intervención a compañías por parte de la Superintendencia*, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2008, págs. 24-35.

## **5.10 RECOMENDACIONES PARA SOCIEDADES DE CAPITAL QUE COTIZAN EN EL MERCADO DE VALORES**

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a través de la Intendencia Nacional de Mercado de Valores, controla y supervisa a las sociedades de capital que cotizan en bolsa, al amparo del Código Orgánico Monetario y Financiero (CMF)<sup>402</sup>. Es en el campo bursátil en donde las compañías de capital realizan sus actividades como intermediarios: “Mercado bursátil es el conformado por ofertas, demandas y negociaciones de valores inscritos en el Catastro Público del Mercado de Valores, en las bolsas de valores y en el Registro Especial Bursátil (REB), realizadas por los intermediarios de valores autorizados, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley”<sup>403</sup>. Sin embargo, las compañías que cotizan en bolsa no están exentas de cometer errores que bien pueden ser corregidos o evitados si se aplican buenas prácticas de gobierno corporativo vigentes en otros países o que están por implementarse.

Al respecto, y si las sociedades de capitales ecuatorianas van a aventurarse principalmente al mercado europeo, deben acoger la propuesta normativa societaria del Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de España, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (Anteproyecto), y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. También deben seguirse las recomendaciones del Dictamen sobre el mencionado Anteproyecto (Dictamen)<sup>404</sup>.

<sup>402</sup> Código Orgánico Monetario y Financiero, R.O. No. 332, 12-sept-2014.

<sup>403</sup> COMF, art. 3.

<sup>404</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y EMPRESA, *Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, para adaptarlas a la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas*, Madrid, 24/May/2019; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen sobre el Anteproyecto de ley por la que se modifica el texto refundido de la ley de sociedades de capital, aprobado por el real decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas*, Madrid, 23/Oct/2019.

### 5.10.1 El problema de las sociedades cotizadas: inversiones a corto plazo

En efecto, en las sociedades cotizadas que poseen un basamento de gobierno corporativo (y no se diga de las que ni siquiera han implantado un gobierno corporativo), los accionistas adoptan actitudes pasivas, no buscan la interacción con la compañía, no ejercen su derecho al voto.

Pero quizá no sea este el problema principal de las compañías cotizadas, *ad intra*, sino uno más grave, sobre todo cuando actúan como sociedades gestoras, y que el Anteproyecto denomina “estrategias de inversión cortoplacistas”, que se centran en las compras y recompras de acciones o reestructuraciones societarias a corto o muy corto plazo: “Este tipo de estrategias y medidas, como por ejemplo algunos programas de recompra de acciones o reestructuraciones societarias, generan beneficios financieros efímeros, que sin embargo pueden hipotecar el futuro sostenible de la sociedad cotizada y de sus accionistas, trabajadores, acreedores y clientes, perjudicando la sostenibilidad de la empresa. Ciertamente, aquellas sociedades cotizadas con una base accionarial orientada mayoritariamente al rendimiento en el corto plazo, se ve incentivada a detraer recursos para la inversión productiva en el largo plazo que contribuirían a mejorar la sostenibilidad y rentabilidad futura de las sociedades cotizadas”<sup>405</sup>. Las consecuencias adversas lo son para la compañía y para la economía de un país, Para la compañía cotizada es evidente: afecta la sostenibilidad y rentabilidad de las empresas tomadas individualmente, se invierte menos, afecta su capacidad de mercado, competitividad, posición en los mercados internacionales, solo se centra en el rendimiento financiero en beneficio exclusivo de sus accionistas, en especial de la mayoría, en desmedro de la minoría, los objetivos no financieros de la sociedad y de los grupos de interés pasan a segundo plano. De otro lado, para un país, esa mentalidad cortoplacista perjudica los mercados de capitales y la economía, pues se reduce a un “capitalismo trimestral” (en referencia a la presión por maximizar los resultados financieros en cada uno de los informes financieros trimestrales), tiene efectos sobre el crecimiento económico, el empleo y la productividad del capital. La crisis financiera de 2008 es, entre otros factores, el resultado de una visión excesivamente cortoplacista de la economía. El

<sup>405</sup> Anteproyecto, págs. 1 y 2.

modelo de crecimiento anterior a la crisis, al estar basado en la necesidad de generar beneficios en el corto plazo generó un modelo de negocio arriesgado y excesivamente apalancado”<sup>406</sup>.

Para salir al paso del cortoplacismo, el Anteproyecto recomienda que se acojan las propuestas de otras instancias internacionales, como la OCDE, ONU, la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, en relación a la implicación a largo plazo de los accionistas, o inversiones a largo plazo. Esto supone la propuesta de reformas legales que permitan la aplicación y protección de este tipo de inversión en beneficio de la compañía y de la sociedad en general.

### **5.10.2 Recomendaciones**

Las recomendaciones del Anteproyecto a la LSC pueden ser aplicadas en el Ecuador de acuerdo con su situación peculiar de la praxis y de la normativa societaria. Al respecto, se propone asumir y aplicar las siguientes recomendaciones relacionadas con: 1) la política de transparencia de las sociedades cotizadas; 2) gestores de activos; 3) identificación de accionistas; 4) asesores de voto; 5) *say on pay*; 6) operaciones con partes vinculadas, 7) consejeros de las sociedades vinculadas, acciones de lealtad con voto adicional; 8) acciones de lealtad con voto adicional; y, 9) obligación de presentar informe anual de gobierno corporativo.

#### **Política de transparencia de las sociedades cotizadas**

Las gestoras deben elaborar y publicar una política de implicación. Deberá quedar claro la política de inversión, la forma cómo se ejerce el derecho al voto en las juntas de las sociedades en las que se invierten, el recurso a los servicios de asesores de voto

#### **Gestores de activos**

La sociedad de capital tendrá la obligación de poner en conocimiento de las entidades con las que haya concluido los acuerdos de activos, la estrategia de inversión y su aplicación a medio y largo plazo.

<sup>406</sup> Anteproyecto, pág.2

## **Identificación de los accionistas**

No se trata que las gestoras den a conocer al “público” el nombre de los accionistas. Es una cuestión de transparencia “casa adentro”. Tampoco hay la intención de alterar la normativa respecto al registro de valores, ni la tenencia y titularidad de los mismos, sino tan solo la de reconocer el derecho de las sociedades a identificar a las accionistas formales y a los beneficiarios últimos.

## **Asesores de voto**

Llamados también *proxi advisors*. Las gestoras deben contar con asesores de voto, dedicados al “asesoramiento profesional a los inversores sobre como ejercer sus derechos de voto en las juntas generales de accionistas”<sup>407</sup>. Pero, para evitar potenciales conflictos de intereses en los que puedan incurrir, se recomienda que: 1) deben tener su domicilio social, o principal o un establecimiento en el país; 2) contar con un código de conducta y publicarlo en su página web; 3) publicar un informe anual de sus actividades para conocimiento de los inversores; 4) comunicar sin demora a los inversores cualquier conflicto de interés real o potencial

## ***Say on pay***

Se trata del derecho de los accionistas a pronunciarse sobre las remuneraciones de los administradores. Al respecto, acogemos la propuesta del Anteproyecto en el sentido de que la política de remuneración debe estar vigente 3 años antes de ser aprobada por la JGA y que el voto de la JGA sea vinculante y no meramente consultivo.

## **Regulación de las operaciones con partes vinculadas**

Conservando las directrices presentes en el Código Orgánico Monetario y Financiero, es preciso definir lo que son partes vinculada y establecer las obligaciones de las gestoras en las operaciones con las partes vinculada.

**Partes vinculadas.** Según la norma 24 del Reglamento de la Comunidad Europea, nº 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008<sup>408</sup>, una parte se considera vinculada

<sup>407</sup> Anteproyecto, pág. 5.

<sup>408</sup> Reglamento (CE) nº 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo.

con la entidad si dicha parte: “a) directa, o indirectamente a través de uno o más intermediarios: i) controla a, es controlada por, o está bajo control común con, la entidad (esto incluye dominantes, dependientes y otras dependientes de la misma dominante), ii) tiene una participación en la entidad que le otorga influencia significativa sobre la misma, o L 320/146 ES Diario Oficial de la Unión Europea 29.11.2008 iii) tiene control conjunto sobre la entidad; b) es una asociada (según se define en la NIC 28 Inversiones en entidades asociadas) de la entidad; c) es un negocio conjunto, donde la entidad es uno de los partícipes (véase la NIC 31 Participaciones en negocios conjuntos); d) es personal clave de la dirección de la entidad o de su dominante; e) es un familiar cercano de una persona que se encuentre en los supuestos a) o d); f) es una entidad sobre la cual alguna de las personas que se encuentra en los supuestos d) o e) ejerce control, control conjunto o influencia significativa, o bien cuenta, directa o indirectamente, con un importante poder de voto, o g) es un plan de prestaciones post-empleo para los trabajadores, ya sean de la propia entidad o de alguna otra que sea parte vinculada de ésta”.

**Obligaciones.** Entre las obligaciones esenciales están las siguientes: 1) publicar información relevante relativa a las operaciones que superen determinados límites cuantitativos, como cuando superan el 0.1% de los ingresos anuales de la gestora, acompañada de un informe elaborado por un experto independiente, y que debe presentarse al momento de su celebración. Esta recomendación vale tanto para las operaciones de la gestoras en el mercado de valores, así como en las operaciones con sociedades del mismo grupo o sociedades íntegramente participadas; 2) Conservar la prerrogativa de la JGA de aprobar las operaciones con las partes vinculadas, a través del Directorio, siempre y cuando las operaciones excedan del 10% de los activos sociales; 3) proteger a los socios minoritarios, quienes, en situación de conflicto, podrán votar si la operación sujeta a decisión ha sido apoyada por la mayoría de los consejeros independientes de la Directiva.

### **Consejeros de sociedades cotizadas**

Los consejeros de las sociedades necesariamente deben ser personas naturales, por cuestiones de transparencia buen gobierno corporativo.



### **Acciones de lealtad con voto adicional**

Se recomienda que en los estatutos se otorgue derechos de voto adicionales a las acciones que hayan mantenido su titular de forma ininterrumpida por el periodo de 2 años. “Se trata de un mecanismo que puede ser utilizado para incentivar a los accionistas a mantener su inversión en la sociedad en el largo plazo y reducir presiones cortoplacistas sobre la gestión de las empresas”<sup>409</sup>. En el estatuto deben estipularse los requisitos de quórum y mayoría de votos.

### **Informes anuales de gobierno corporativo**

No será necesario que los emisores de valores presenten el informe anual de gobierno corporativo cuando no difundan su informe financiero anual. Para evitar presiones cortoplacistas, deben estar exentas de presentar información trimestral, a no ser que implique riesgo para empresa.

## **5.11 IMPACTO FUTURO DE LA APLICACIÓN DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ECUADOR**

Implementar las buenas prácticas de gobierno corporativo permitirá, por tanto, que la compañía ecuatoriana cuente con lineamientos claros y concretos respecto a la estrategia de gobierno, la relación equitativa entre accionistas, funciones específicas de los órganos de gobierno, administración y fiscalización, una política de prevención de riesgos.

**La estrategia en materia de gobierno corporativo.** La sociedad asume un conjunto de principios y valores que expresan su compromiso en materia de Buen Gobierno Corporativo, ética empresarial y responsabilidad social corporativa.

**La relación con los accionistas.** La compañía aplica un sistema de buena gobernanza para que la relación entre accionistas sea lo más justa y equitativa posible, basada en la transparencia y en el ejercicio eficaz del derecho de información, en el marco de una comunicación fluida y moderna. Por ello, es de vital importancia que: 1) La Junta General

<sup>409</sup> Anteproyecto, pág. 8.

de Accionistas asume su rol indelegable como órgano supremo de la sociedad, y controlador de las gestiones del Directorio y de los órganos de fiscalización; 2) El Directorio, además de representar los intereses de la compañía y de grupos de accionistas, es el intermediario entre la Junta y los *stakeholders*, tales como sus trabajadores, sus clientes, proveedores o la Naturaleza; 3) El gerente es el encargado de la gestión ordinaria de la compañía, para hacerla más eficiente, pero con una delegación de representación con límites; 4) los órganos de fiscalización procuran que la parte financiera se gestione con transparencia por el bien de la compañía.

**La solución de conflictos.** Las buenas prácticas de gobierno de la compañía permiten solucionar amigablemente los conflictos entre accionistas, teniendo presente en el horizonte societario que, como mecanismos alternativos de solución de conflictos, puede acudirse a centros de mediación y de arbitraje, antes de optar por las instancias judiciales pertinentes.

**El cumplimiento normativo y la gestión de riesgos.** El gobierno corporativo presupone el acatamiento de la normativa societaria vigente, para la creación y gestión de las sociedades y su respectiva supervisión por parte del ente máximo de control.

## **5.12. COSTO ECONÓMICO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS COMPAÑÍAS ECUATORIANAS.**

La implementación de las medidas de buen gobierno corporativo expuestas, suponen una inversión de recursos por parte de la empresa, o coste económico, teniendo en la mira mayor rentabilidad para la compañía y posicionamiento en el mercado a corto o largo plazo.

El costo económico de implementación del gobierno corporativo en las empresas ecuatorianas depende de algunos factores, como la asunción de la totalidad o de una parte de las medidas de buen gobierno corporativo, el tamaño de la empresa y el tamaño del directorio.

En líneas anteriores se ha expuesto que las medidas o lineamientos de gobierno corporativo, en base al principio denominado cumplir o explicar (*comply or explain*), pueden ser asumidas, total o parcialmente, de forma voluntaria por las compañías, de acuerdo con su estructura interna, capacidad operacional y actividades que realicen. De otro lado, si no las

asumen, deben explicar las razones por las que no lo quieren implementar. En el caso de que los lineamientos sean asumidos, el coste varía de acuerdo con las medidas que se adopten. En principio, al adoptarse las medidas siempre se piensa en los beneficios que a futuro tendrá la compañía. El beneficio, pues, es mayor a la inversión realizada para implementar buenas prácticas de gobernanza, por cuanto, éstas son valoradas positivamente por los inversores y *stakeholders*, generando un efecto positivo en la reputación empresarial, garantizando una ventaja competitiva respecto de las compañías que no cuentan con un buen gobierno corporativo, y todo a base de un menor coste de capital.

Respecto al tamaño de las empresas, el costo económico forma parte de la inversión de las grandes empresas o empresas que cotizan en bolsa, con un capital fuerte. 'Estas pueden sin ningún problema invertir en la implementación, por ejemplo, de un directorio compuesto por gerentes, subgerentes, directores no ejecutivos y directorios independientes, pues tienen presente que la existencia de directores profesionales en sus respectivas ramas en el directorio genera mayor rentabilidad para la empresa, atrae la inversión, se gana notoriedad. En cambio, el costo económico en las empresas medianas y pequeñas (sobre todo las familiares), no está contemplado en la inversión ordinaria de la empresa y supone una inversión bastante fuerte, con el fin de tener un directorio, por lo menos conformado por un gerente general, un director no ejecutivo y uno que otro independiente, establecer medidas de control, productividad, implementar tecnología para la promoción e imagen de la empresa a través del mantenimiento de una página Web, etc. En este sentido, tal inversión debe estar respaldada por créditos que facilite la banca privada o la banca pública, como BanEcuador o la Corporación Financiera Nacional.

En relación al tamaño del directorio, el costo económico depende de la composición del mismo. Recordemos que el directorio, a través de los directores, debe representar el mayor porcentaje de capital posible. Las empresas ecuatorianas, sobre todo las pequeñas, pueden conformarse con la existencia de un gerente. Pero, las empresas medianas, deben evitar que la representación, administración y toma de decisiones la asuma una sola persona, y procurar la existencia de un directorio conformado por directores ejecutivos, no ejecutivos e independientes, y su número debe limitarse en la medida de lo posible. Recordemos que los ejecutivos y no ejecutivos representan los paquetes accionarios, y los independientes los

intereses generales y difusos que no tienen presencia en el directorio. En este caso, para la inversión económica en la implementación de directores ejecutivos, no ejecutivos e independientes, debe tenerse presente: 1) la política de reclutamiento y capacitación de los directores; 2) la capacidad económica para cubrir las remuneraciones de los directores; y, 3) los efectos positivos en la promoción de la empresa, rentabilidad, confiabilidad por parte de inversores, etc.

Puesto que las empresas pequeñas y medianas del Ecuador son compañías familiares, conviene que se invierta en la contratación de directores independientes. Es decir, se recomienda que el directorio esté conformado por directores independientes contratados por medio de procesos formales y con responsabilidades definidas. Su remuneración depende de la capacidad económica de la empresa y debe estar supeditada a criterios de desempeño y productiva de la empresa. Si la transparencia, rentabilidad y buena marcha del buen gobierno de la compañía depende de la actuación de los directores independientes, el beneficio económico resulta mayor que la inversión.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO

Gladis Adelaida Alarcón Valencia

## CONCLUSIONES

Es evidente que la empresa tiene necesidad de un buen gobierno corporativo, no sólo porque se establecen las pautas de cómo se la debe dirigir y administrar con equidad, responsabilidad y transparencia, sino también porque adquiere ciertas condiciones que la hacen más eficiente y productiva: poder suficiente, alineamiento, independencia y criterio informado. Un gobierno que sirva a los intereses societarios, y no que se sirva para fines personales y de grupo, limitado a sus funciones específicas y que asuma sus responsabilidades, teniendo el poder real suficiente para hacerlas cumplir. Los Lineamientos sugeridos por la CAF nos permiten señalar que un buen gobierno corporativo mantiene un continuo ejercicio de supervisión y equilibrio, de tal forma que los accionistas no invadan el terreno de los administradores, ni viceversa. Esta condición se complementa con la dimensión de independencia de los administradores, con tal que busquen el bien común de la compañía, sin perjudicar el capital. Con un buen gobierno corporativo, la empresa cuenta con una Junta General de Accionistas y una administración provista de información y conocimiento necesarios que permiten formar un criterio objetivo en la toma de decisiones.

De otro lado, el buen gobierno corporativo imprime a la empresa dos aspectos relevantes: legalidad y ética. Los accionistas y acreedores siempre buscan invertir su capital en aquellas empresas que cumplen con la normativa societaria vigente del país en donde opera la compañía, respecto a la creación de la empresa, estructura, finalidad, administración y cómo se invierte el capital. Además, confían en las compañías en donde se actúa con responsabilidad y transparentando la información, ejerciendo los derechos, obligaciones y prerrogativas de acuerdo a sus funciones.

Con el buen gobierno corporativo, la empresa supera el sentido patrimonialista del poder, aportándole éxito y viabilidad, a través de un sano control y equilibrio. De otro lado, a pesar de su importancia, su praxis es compleja, pues requiere de tiempo, cambio de actitudes en el ejercicio del poder corporativo, paciencia y coherencia tanto de los accionistas como de los administradores.

No podemos concebir una empresa moderna sin la presencia de un gobierno corporativo. En efecto, el gobierno corporativo constituye un marco normativo que le da sentido a la compañía en su naturaleza, fines, negocio, estructura organizacional, relación entre socios, accionistas, con la administración, trabajadores, terceros, la comunidad y el entorno en donde se desenvuelve.

En efecto, el gobierno corporativo establece que la compañía debe tener claro que su “ser” es mercantil, y que, por tanto, tiene como fin específico el lucro, la ganancia. No se trata de una organización social sin fines de lucro o que simula un carácter filantrópico, sino una sociedad que opera para capitalizar las inversiones de sus propietarios, aumentar las ganancias y perseverar en este objetivo mercantil.

Pero este fin no le viene a la compañía por arte de magia. Debe actuar y actúa a través de personas de carne y hueso, denominados accionistas, administradores y trabajadores. El gobierno corporativo fortalece el rol de cada uno de ellos, estableciendo sus derechos y obligaciones entre sí, contribuyendo a que la relación entre ellos sea amigable, equitativa, justa, legal, armoniosa. De ahí la importancia de que exista un trato equitativo tripartito entre propietarios, administradores y trabajadores. Ayuda mucho en esto no sólo el cumplimiento de la ley interna de la sociedad, esto es su estatuto, sino la existencia de protocolos institucionales que permiten prevenir, afrontar y corregir las causas de controversias internas. De no darse este primer intento, recurrir a mecanismo de solución de conflictos voluntarios, como la mediación y el arbitraje, con el fin de evitar recurrir a instancias judiciales.

El gobierno corporativo no intenta crear solamente un ambiente armonioso al interior de la compañía, sino también impulsar la transparencia en la gestión de los miembros de la compañía, principalmente de los administradores y entes de control interno, mediante el acceso de información real y veraz, no solo mediante la rendición de cuentas del estado financiero, sino también de sus estados no financieros.

El gobierno corporativo potencializa las ganancias de la compañía y la hace competitiva cuando le proyecta a un compromiso social con sus trabajadores, la comunidad y el medio

ambiente. Más aún, la hace más rentable y competitiva cuando comparte el proceso de valor con la comunidad, convirtiéndose en un nicho confiable y estratégico que le provee los bienes y servicios de calidad.

La exposición de la normativa de gobierno corporativo de los países iberoamericanos, así como de los principales organismos comprometidos con la implementación de la buena gobernanza, permite concluir que:

En las economías emergentes y de transición, las fuentes de financiación de la actividad productiva se encuentran concentradas en el sector financiero tradicional. Algunos factores influyen en gran medida en la implantación de un buen gobierno corporativo, como: la excesiva concentración de la propiedad accionaria, la concentración de poder en los órganos societarios de estirpe familiar, el riesgo país marcado por la inestabilidad política y jurídica de estas naciones, y el miedo a abrirse al mercado. El Buen Gobierno Corporativo entendido como la Carta de Navegación de las sociedades resulta ser un vehículo idóneo para inyectar dinamismo a los mercados de capitales de las economías emergentes, promover fuentes alternativas de financiación para la actividad productiva y para afrontar exitosamente los retos de la globalización, especialmente en lo relativo a la integración de los mercados financieros.

Sin embargo, en las dos primeras décadas del siglo XXI se ha logrado importantes avances en materia de Gobierno Corporativo en Iberoamérica gracias al apoyo de organismos internacionales, como la OCDE y CAF, pero también debido a diferentes iniciativas puestas en marcha y promovidas desde instituciones públicas y organizaciones privadas, entre las que se encuentran los institutos de Gobierno Corporativo, las bolsas de valores y los supervisores de los mercados de valores.

Los países de América Central, Comunidad Andina de Naciones, y otros, como Brasil, Argentina, Chile, han empezado a aplicar los principios del gobierno corporativo paso a paso. Pero debemos rescatar que hoy gran parte del continente ha tomado conciencia de la importancia que reviste el tema de Gobierno Corporativo en una economía globalizada. El concepto de *Corporate Governance* ha evolucionado, para dejar de ser un instrumento exclusivo de protección a los accionistas minoritarios, convirtiéndose en una herramienta



gerencial fundamental para la competitividad. El concepto tiene una doble faceta; El ámbito auto regulatorio de cada sociedad como forma de creación de 8 valor para la empresa convirtiéndose en elemento esencial para atraer a los inversionistas institucionales y el ámbito de regulación que se ha dado a través de las Comisiones de Valores de cada país para hacer seguro sus mercados financieros.

Es necesario continuar aprendiendo de las experiencias de aquellos países que han logrado construir una sólida cultura de Gobierno Corporativo en sus mercados, como México, Brasil, Chile. En los próximos años se presentan grandes retos que deberán ser asumidos por las diversas instituciones que interactúan en la región —públicas y privadas—, esfuerzo que estamos seguros se verá fortalecido con el intercambio permanente de conocimientos y experiencias entre nuestros países mediante espacios y herramientas como los descritos en el presente trabajo.

La necesidad de implementar el buen gobierno corporativo en las empresas privadas y públicas del Ecuador ha ido creciendo paulatinamente, en la medida en que las empresas presentaban problemas relacionados, por ejemplo, con la vulneración de los derechos de los accionistas, en especial de los minoritarios, la pugna entre propietarios y la parte directiva y administrativa, la falta de transparencia de la información en especial la que tenía que ver con la parte financiera de la compañía.

Si bien los escándalos de las empresas norteamericanas, a principios del siglo XX, como Enron y WorldCom., aceleraron la adopción de medidas de gobierno corporativo, para proteger a los accionistas contra la administración, los primeros pasos firmes se suscitaron a nivel mundial por esa misma época, a través de los Lineamientos de Gobierno Corporativo de la OCDE, y a nivel regional, con el Código de Gobierno Corporativo de la CAF para la Comunidad Andina de Naciones, orientada a las grandes compañías que cotizaban en la bolsa.

Ecuador no fue la excepción. Incluso fue protagonista de esta iniciativa, que intentaba a toda costa dar pautas para una buena gobernanza en las compañías. El acogimiento de Lineamientos de buena gobernanza tiene un antes y un después tomando como referencia la

asunción en el Ecuador en el año 2004 del Código Andino de Gobierno Corporativo bajo el título de Código de Buen Gobierno Corporativo (CBGC). Es verdad que, antes del CBGC, los tres cuerpos legales relacionados con las sociedades civiles y mercantiles (Código Civil, Ley de Compañías y Código de Comercio) contemplaban decenas de regulaciones sobre el derecho de los accionistas, el gobierno de las sociedades, las funciones y responsabilidades del directorio y los administradores, etc.. Sin embargo, están referidas a las compañías abiertas o anónimas y siempre la dirección de la empresa se la realizaba teniendo como marco socio económico una economía nacional, doméstica y familiar. La normativa posterior al CBGC, siguió la misma línea del Código, esto es, centrarse en las empresas grandes, que cotizan en la bolsa.

De otro lado, la Constitución de la República del Ecuador, sin opacar el principio de la libertad de mercado, empresa y competencia, a la luz de una economía social y solidaria, un marco normativo en el que se privilegia a la persona, su trabajo y la naturaleza por encima del capital, ubicando a la persona como centro y fin de la economía. El Estado regula, vigila y controla, a través de las superintendencias, el accionar de las empresas privadas, mixtas, públicas, interés social, así como aquellas sociedades civiles dedicadas a actividades económicas, prohibiendo y sancionando el monopolio, oligopolio y toda forma de abuso de poder del mercado. Es satisfactorio conocer que la Carta Magna promueve la solución de los conflictos societarios a través de mecanismos pacíficos como el arbitraje y la mediación, privilegiando la participación de organismos regionales de arbitraje.

Con el artículo 433 de la Ley de Compañías, la Supercías va estableciendo el buen gobierno en las sociedades. Pero en realidad son parches regulatorios que, a través de reglamentos y resoluciones, implementan en las empresas el respeto por los derechos de los socios y accionistas, promueven ejercicio responsable de funciones y prerrogativas por parte de los miembros del directorio y de la administración, insisten en la transparencia de la información financiera.

Preocupa mucho que hasta la fecha no existan Lineamientos o Recomendaciones, al estilo del Código de Buen Gobierno Corporativo de Perú para las compañías cerradas o familiares, que en Ecuador representan la mayoría.

Las compañías ecuatorianas que no cotizan en bolsa, que son la gran mayoría y con una carga fuerte como empresa familiar, se han administrado en base a la experiencia adquirida, las destrezas empíricas de sus directivos, pero sin el conocimiento técnico de administración, desconociendo el marco de globalización en la que se realiza el comercio y el mercado.

Su eficiencia, imagen y crecimiento depende de la aplicación de buenas prácticas de gobierno corporativo. De ahí la necesidad de que las compañías, en base al principio de cumplir o explicar (*comply or explain*), implemente voluntaria y responsablemente lineamientos, parámetros de normativa de gobierno corporativo, de forma total o parcial o por lo menos indiquen las razones por las cuales no lo implementan en su negocio.

El gobierno corporativo debe afianzar en la compañía el ejercicio de los derechos de los accionistas y el trato equitativo hacia los minoristas, el compromiso de la junta general de accionistas para asumir con responsabilidad su función indelegable de ser el órgano supremo de la compañía; el establecimiento claro y concreto de las funciones específicas del directorio, presidencia, secretaría, gerencia, directores ejecutivos, no ejecutivo, independientes y Comités que permitan una eficiente administración y control de la gestión de la compañía; la solución pacífica de los conflictos internos para lograr una óptima relación *ad intra* de la compañía; la relación productiva con el ente de control, esto es con la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Disponer de un Buen Gobierno Corporativo tiene muchos beneficios para la compañía, como:

- 1) contar con reglas claras sobre la toma de decisiones, gestión y administración del negocio entre las partes intervinientes dentro de la Sociedad;
- 2) formalizar procesos mínimos sobre temas trascendentes de la Sociedad, que todos conozcan y acepte;
- 3) Facilitar y clarificar la toma de decisiones;
- 4) Institucionalizar a la organización (por temas internos y/o externos).

Por último, el costo económico de implementación de los lineamientos, prácticas o medidas de un buen gobierno corporativo está en relación al tamaño de la empresa y del directorio. En todo caso, los beneficios que se obtendrían, a corto y largo plazo, relacionados con la promoción, rentabilidad, sostenibilidad, imagen, productividad y dirección administrativa y de control de la compañía que se obtiene con el buen gobierno corporativo, son superiores a la inversión que se realice.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO

Gladis Adelaida Alarcón Valencia

## **BIBLIOGRAFIA**

### **Referencias normativas:**

Acuerdo No. 12/2003, Superintendencia de Mercado de Valores (SMV), Costa Rica.

Acuerdo No. 5/2011, Superintendencia de Bancos de Panamá (SBP), Panamá.

Acuerdo 2 de 21 de junio de 2016, SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS Y REASEGUROS publicado en la Gaceta Oficial N.º 28062 de 28 de junio de 2016, Costa Rica.

Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional de Mercado de Valores (CNMV), del 18 de febrero de 2015. Ecuador.

Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, para adaptarlas a la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE MINISTERIO DE ECONOMÍA Y EMPRESA, Madrid, 24 de mayo de 2019.

Codificación de la Ley de Compañías, R.O. No. 312 de 05 de noviembre de 1999, con última codificación, R.O. 312, 23 de octubre de 2018.

Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF) del 10 de enero de 2001, Ley 2002-67 R.O. 250, de 23 de enero de 2001.

Codificación del Código Civil, publicado en el Registro Oficial 46 de 24 de junio de 2005, última reforma: 8 de julio 2019.

Código Civil ecuatoriano, R.O. Suplemento No. 46, 24/junio/2005, última modificación: 12 de abril de 2017.

Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional de Mercado de Valores (CNMV), del 18 de febrero de 2015, España.

Código de mejores prácticas corporativas-Colombia”, [http://www.gobiernocorporativo.com.co/documentos/codigo\\_pais.pdf](http://www.gobiernocorporativo.com.co/documentos/codigo_pais.pdf). Bogotá. (15 de Abril de 2009). SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

Código de mejores prácticas corporativas, Consejo Coordinador Empresarial A.C, México, 2016, pág. 13-14. Comité de Mejores Prácticas Corporativas.

Código de Comercio de Colombia, Decreto No. 410, del 23 de marzo de 1971.

Código de Comercio ecuatoriano, R.O Suplemento No. 1202, 20 de agosto de 1960, última modificación: 12 de septiembre de 2014.

- Código de Comercio de Nicaragua, Decreto Ejecutivo No. 248, del 30 de abril de 1914
- Código de Comercio ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial No. 497 de 29 de mayo de 2019.
- Código de Gobierno Societario, Resolución No. No. 516/07, del 11 de octubre del 2007, Corporación Nacional de Valores, República de la Argentina.
- Código de Gobierno Corporativo, Acuerdo N° 002-2013/003-FONAFE, de fecha 8 de marzo de 2013, Perú.
- Código de Mejores Prácticas Corporativas, (2016), Consejo Coordinador Empresarial A.C, COMITÉ DE MEJORES PRÁCTICAS CORPORATIVAS, México, pág. 13-14.
- Código del Trabajo, R.O Suplemento 167, 16 de diciembre de 2005, última modificación: 2 de agosto de 2018.
- Código Orgánico Administrativo, R.O. Suplemente, No. 31, 7 de julio de 2017.
- Código Orgánico General de Procesos, R.O. Suplemento No. 506, 22 de mayo de 2015, última modificación: 21 de agosto de 2018.
- Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I, publicado en el Registro Oficial, No. 332 de 12 de septiembre de 2014.
- Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores, publicada en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 332, 12 de septiembre de 2014, modificado el 18 de abril de 2017.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1998, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
- Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Constitución de la República del Ecuador, R.O. No. 449, 13 de julio de 2011.
- Corte Constitucional del Ecuador, Juicio 1531-16-EP, R.O 34, 14 de noviembre de 2017.
- Corte Nacional de Justicia: Juicio No. 171-2007, ex Tercera sala E.R., R.O 356, 31 de octubre de 2012; Juicio Verbal Sumario No. 154-99, Primera sala de lo Civil y Mercantil, R.O. 225, 6/Oct/2000.
- Gaceta Judicial, Compraventa de acciones mercantiles, 29 de mayo de 1974.
- Gaceta Judicial, Compraventa de acciones mercantiles, 13 de marzo de 1990.
- Gaceta Judicial, Mandatario de compañía extranjera, 23 de marzo de 1973.
- Gaceta Judicial, Remoción anticipada de gerente de compañía, 28 de agosto de 2000.
- Gaceta Judicial, Responsabilidad personal del gerente, 21 de marzo de 1969.

Decreto Ejecutivo No. 677/2001 del 22 de mayo de 2001, “Régimen de Transparencia de la Oferta Pública”, República de Argentina.

Dictamen sobre el Anteproyecto de ley por la que se modifica el texto refundido de la ley de sociedades de capital, aprobado por el real decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Madrid, 23 de octubre de 2019.

Estatutos de la Corporación Civil Bolsa de Valores de Quito (BVQ), 3 de octubre de 2002. Gaceta Judicial año LXXV, Serie XII No. 7, p. 1516. Quito, 16 de diciembre de 1974.

Gaceta Judicial año XXXVII, Serie V No. 151, p. 3670. Quito, 29 de julio de 1938, Factor mercantil.

Gaceta Judicial, Responsabilidad personal del gerente, 21-mar-1969; Gaceta Judicial, Mandatario de compañía extranjera, 23 de marzo de 1973.

Instructivo sobre Sociedades de Interés Público, Resolución No. SCVS-DSC-2018-0001 Suplemento del RO. 171, 30 de enero de 2018.

Ley argentina 19550, B.O. Suplemento, 1 de agosto de 2015.

Ley de Asociaciones Cooperativas y creación del Instituto de Fomento Cooperativo (Ley 4179) del 22 de agosto de 1968.

Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 417 del 14/diciembre/2006, última modificación: 21 de agosto de 2018. Quito.

Ley de Auditoría. Ley 22/2015, del 20 de julio de 2015, España.

Ley de Compañías, R.O, No. 312, 7 de diciembre de 2017, última modificación: 23 de octubre de 2018.

Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, Perú.

Ley de Mercado de Valores, Ley 107, publicada en el Registro Oficial 367 de 23 de julio de 1998

Ley de Mercado de Valores, publicada Registro Oficial Suplemento 215 de 22 de febrero de 2006.

Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio del 2010, aprobándose el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, España.

Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, del 10 de julio.

Ley 11/2018, de 28 de diciembre de 2018, España.

Ley de Seguridad Social (LSS), Ley 55, R.O. Suplemento 465, 30/noviembre de 2001, última modificación: 21 de agosto de 2018.



Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 249 del 20 de mayo del 2014.

Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (Ley 7558) del 27 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (Ley 1644) del 27 de setiembre de 1953

Ley Reguladora de la Actividad de Intermediación Financiera de las Organizaciones Cooperativas (Ley 7391) del 24 de abril de 1994.

Ley Reguladora de Empresas Financieras No Bancarias (Ley 5044) del 22 de setiembre de 1972.

Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo (Ley 8204) del 11 de enero del 2002.

Ley 19.705 o “Ley de Opas”, promulgada el 14/12/2000 que reforma a la Ley 18.045 y Ley 18.46, Chile.

Ley 31/2014, del 3 de diciembre de 2014, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, Boletín oficial del Estado, Núm. 293, Sc. I. pág. 99793.

Oficio No. SCVS-SG-2018-00033397-O de 18 de abril de 2018, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Quito.

Normas para la presentación de los estados financieros consolidados de acuerdo con la norma ecuatoriana de contabilidad No. 19 y auditados de acuerdo con las normas ecuatorianas de auditoría, expedidas por la Superintendencia de Compañías mediante Resolución No.03.Q.ICI.002 publicada en el Registro Oficial 33 de 5 de marzo de 2003.

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 555, de 13 de octubre de 2011.

Reglamento (CE) nº 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Resolución de 30 de junio de 2015 (BOE 30/09/2015) de la Dirección General de los Registros y del Notario

Reglamento de Funcionamiento del Consejo Nacional de Valores (CNV) Registro Oficial 353 de 4-I-2000.

Reglamento de Inscripción en el Registro del Mercado de Valores y de la Información Pública, Resolución CNV 93-002.

Reglamento de Intervención de las Compañías Nacionales Anónimas, de Responsabilidad Limitada, en Comandita Simple por Acciones y de Economía Mixta, así como de las Sucursales de Compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas que se hubieren establecido en el país, Resolución No. 01. Q.ICI.021, R.O. No. 425, 3 de noviembre de 2001.

Reglamento para la recepción y Trámite de Denuncias, Resolución No. 07.Q.II.002, R.O No. 33, 5 de enero de 2007.

Reglamento sobre Auditoría Externa, Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2016-011 expedida por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros el 21 de septiembre de 2016 y publicada en Registro Oficial No. 879, 11 de noviembre de 2016.

Reglamento sobre Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías de Responsabilidad Limitada, Anónimas, en Comandita por Acciones y Economía Mixta, R.O. No. 371, 10 de noviembre de 2014.

Resolución General No. 797/2019, del 14 de junio del 2019, reforma forma adaptar la normativa de gobierno societario de acuerdo a las exigencias del grupo G20, Corporación Nacional de Valores, República de la Argentina.

Resolución 0157 del 15 de marzo de 2002, Colombia.

Resolución 002 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 132 de miércoles 27 de noviembre de 2013. Ecuador.

Resolución 1116 de febrero 27 de 2000, Colombia.

Resolución 275 del 23 de mayo de 2001: se refiere a la posibilidad de acceder a los recursos de los fondos de pensiones, Colombia.

Resolución número 0932 de diciembre 21 de 200, Colombia.

Resolución No. No. 516/07, del 11 de octubre del 2007, Código de Gobierno Societario, Corporación Nacional de Valores, República de la Argentina.

Resolución General No. 606/2012, del 23 de mayo del 2012, Código de Gobierno Societario, Corporación Nacional de Valores, República de la Argentina.

Resolución General No. 797/2019, del 14 de junio del 2019, Corporación Nacional de Valores, República de la Argentina.

Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2016, R.O. No. 917 de 6 de enero 2017 Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Quito.

Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2018-0036 de 3 de octubre de 2018, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Quito.

Sentencia de Tercera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, Quito, 31 de octubre de 1977, Gaceta judicial, Año LXXVIII. Serie XIII. No. 1, pág. 162.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS, “Doctrina 110: Las limitaciones contractuales a las facultades representativas de los administradores son ineficaces frente a terceros de buena fe”, Octubre-2018, pág. 246.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS, Doctrina 78: Nulidades de las resoluciones de las Juntas Generales de Accionistas”, octubre-2018, pág. 336.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS, Doctrina 63, Gaceta Societaria, octubre-2018, págs. 120-121

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS, Doctrina 78: Nulidades de las resoluciones de las Juntas Generales de Accionistas”, Octubre-2018, pág. 336.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS, “Doctrina 110: Las limitaciones contractuales a las facultades representativas de los administradores son ineficaces frente a terceros de buena fe”, Octubre-2018, pág. 246.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS, Doctrina Societaria 134, octubre-2018, pág. 336.

SUPERCÍAS, Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2018-0036, 3-OCT-2018.

*Testo Único*. Aprobado por el Congreso italiano, mediante Decreto Legislativo No. 58 de 24 de febrero de 1998. Italia.

### **Referencias de libros, revistas, tesis:**

ACOSTA, A, *ET AL.* (2016). Prácticas de buen gobierno corporativo y su impacto en el valor de las empresas, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, págs. 20-38.

ACOSTA, A., JUNCOSA, JOSE E. (2002). Dolarización: Informe Urgente, ILDIS, 2000, págs. 61-63; ACOSTA, A. Dolarización en el Ecuador: Antecedentes, realidad y perspectivas, ILDIS, Guayaquil, págs. 56-58.

AGUDELO DE BEDOUT, S. (2009) “Responsabilidad social empresarial, una mirada desde Colombia”, Revista de Negocios Internacionales, 2(1), pp. 3-11.

AGUDO, L., ET AL., (2010). Códigos de buen gobierno: Análisis comparativo. Especial incidencia en el caso español, Revista de ciencias sociales APOSTA, No. 46.

ALDAMA, E., (2003), Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, Madrid.

- ALONSO, MARÍA DEL MAR, “Códigos de buen gobierno corporativo...”, op. Cit, pág. 58.
- ALONSO, M., (2008). Herramientas para el control de la empresa por parte del accionista: los códigos de buen gobierno e Internet, Madrid, Pecunia, págs. 29-51.
- ALONSO P., MARISCAL M., (2010). “Un paseo por el concepto de gobierno corporativo”, Revista de Responsabilidad Social de la Empresa, Vol. 2, No. 2, pág.95-109, en [http://web.uam.es/personal\\_pdi/economicas/paalonso/Archivos/AndresSantamariaRS E2010.pdf](http://web.uam.es/personal_pdi/economicas/paalonso/Archivos/AndresSantamariaRS E2010.pdf), pág. 95.
- ALTI, A., (2003), “*How sensitive is investment to cash flow when financing is frictionless*”, Journal of Financial, Núm. 58, pág. 707-722
- AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA), (2008).Guía del Director Corporativo.
- ÁLVAREZ, P., (2009). El Incidente de Nulidad de Actuaciones, Editorial Dyinson, Madrid.
- ARAGÓN, A., (2012) “Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: necesario, pero ¿suficiente y eficiente?”, Revista Aranzadi Doctrinal, Núm. 2, págs. 121-125.
- ARANA GONDRA, A., (1978) Manual de Organización Jurídica de la Sociedad Anónima, Editorial INDEX, Quito.
- ARGANDOÑA, A., SEGURA, F., (2000). Enciclopedia Práctica de Economía, Orbis. Barcelona, pág. 210.
- ARGENTE, E., (2012). El gobierno corporativo en empresas Hispano-Marroquíes (Tesis), Universidad de Granada, Departamento de Economía Financiera y Contabilidad, Granada, , pág. 18.
- ARGÜELLO, A. (2015). Gobierno Corporativo, análisis de la viabilidad de la aplicación en la Cooperativa de Ahorro y Crédito Cotocollao, año 2014, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, págs. 92-93.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y AUDITORIA (AECA). (2004). Marco conceptual de la responsabilidad social corporativa. Madrid: Comisión de responsabilidad social corporativa, AECA, págs. 84-90.
- ASTORGA, C., (2010). Gobierno corporativo como instrumento de valor (Tesis), Santiago de Chile, Universidad de Chile, pág. 10.
- AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE EMPRESAS (AEMP). (2001) “Lineamientos de Gobierno Corporativo para Sociedades Comerciales Bolivianas”. RA/AEMP/Nº 142/2011 del 30 de diciembre.
- AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO (ASFI). (2012) “Directrices Básicas para la Gestión de un Buen Gobierno Corporativo”. ASFI/157/12 de 14 de diciembre de 2012.

- AVILA, D., “Sindicación de acciones”, en Derecho Comercial y de las obligaciones, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Núm. 211, marzo-abril, págs. 279ss.
- AZEVEDO, SIMONE. (2001) “*Balanços se sofisticam para atrair investidor estrangeiro*”. Gazeta Mercantil, São Paulo, pág. c-7.
- AZOFRA VALENZUELA, V. Y SANTAMARÍA MARISCAL, M. “Gobierno y eficiencia de las cajas de ahorros españolas”, *Universia Business Review*, segundo trimestre, 2002, págs. 48-59.
- BALLESTEROS, B. C., GARCÍA, R., & MARTÍNEZ, J. (2015). “Efecto de la composición del Consejo de Administración en las prácticas de RSC”, 18(1), págs. 20–31.
- BAENA B., P., (2006) Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales de la Junta General de las sociedades anónimas y de responsabilidad Limitada y de la Asamblea General de la Sociedad Cooperativa, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, , págs. 193-198.
- BARCO, E., (2017). “Análisis de la aplicación del Código de Gobierno Societario en la Argentina”, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, págs. 37-38.
- BARRETO, W., (2018) Creación de un manual para implementar el concepto de valor compartido para la empresa XYZ en el Ecuador, Universidad de Guayaquil, Guayaquil, Págs. 98-100.
- BECHT, M., ET AL., (2005). *Corporate Governance and Control*. ECGI—Finance Working, Paper 02, pág. 23.
- BENAVIDES, M., y GASTELUMENDI, G., (2001). Responsabilidad Social Empresarial: Un Compromiso Necesario, Universidad del Pacífico, SASE, Perú, Lima.
- BÉRGAMO, A., (1970). “Sociedades Anónimas: Las Acciones”, Tomo I, Cap. VI, Madrid, pág. 14.
- BERNAL, A, (2012). “Gobierno Corporativo en América Latina. Importancia para las Empresas de Propiedad Estatal”, Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva, N° 6, pág. 13-71.
- BERLE, A., MEANS, G., (1932) *The Modern Corporation and Private Property*, Mcmillan Company, New York, pág. 355.
- BLUM MOARRY, M., (2012), El arbitraje, un medio para solución de conflictos de responsabilidad civil extracontractual de la empresa, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, págs. 59-62.
- BONITO, JORGE L. (2015). Propuesta de ley reformativa al artículo 121 del Código Civil del Ecuador, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Puyo, págs. 12-14.

- BOWEN, M., (2014). “El gobierno corporativo y su aplicación en los bancos privados del Ecuador, periodo 2012-2013”, Guayaquil, pág. 8.
- BRIANO TURRENT, G. D. C. (2014). “Factores que inciden en una Mayor Transparencia de Gobernanza Corporativa en Empresas Cotizadas Latinoamericanas”, Revista Mexicana de Economía y Finanzas, 9 (2), págs. 105-124.
- BRIOZZO, A., ALBANESE, D., ARGAÑARAZ, A., SANTOLÍQUIDO, D. Y BARCO, E. (2015). “Relevancia del gobierno corporativo para las finanzas. Análisis de la normativa vigente”, XXXV Jornadas Nacionales de Administración Financiera, págs. 27-43.
- BUITRAGO, H., K, BETANCOURT, M., (2013). El gobierno corporativo como pilar fundamental para la sostenibilidad de la economía. Gestión & Desarrollo, 10 (1), pág. 195-205.
- CÁCERES, E., (2007). “Implementación de una metodología de evaluación de la gestión del gobierno corporativo en la Banca Privada Ecuatoriana”, Tesis. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, pág. 14.
- CALDERÓN, M., (2007). Gobierno corporativo en las empresas familiares peruanas: caso de estudio en el sector textil, Centrum, Surco.
- CAJIGA, J., (2002). El concepto de responsabilidad social empresarial, Cemefi, México D.F. Pág. 5.
- CANDELARIO, m., Rodríguez, L., (2011) “El derecho de impugnación de los Acuerdos de las Sociedades Anónimas tras el Real Decreto Legislativo 1/2010 y las Sociedades Cooperativas”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 727, págs. 2623-2661.
- CAPRIOTTI y SCHULZE, (2010). Responsabilidad Social empresarial, Colección de Libros de la Empresa, Santiago de Chile.
- CARAVERO, B., (1996). Empresa, Liderazgo y Sociedad, Perú 2021 y SASE, Editores, Lima.
- CASAL, A. (2010). Gobierno Corporativo. Dirección, Administración y Control de Organizaciones en Forma Ética. Buenos Aires: Ed. Errepar., 2010, pág. 1.
- CASTILLA, L. (2007). El bueno gobierno corporativo, Memoria del Seminario Internacional “Buen Gobierno Corporativo en la práctica, Quito, 29 de marzo, págs. 5-9.
- CASTAÑO QUINTERO, A., DÍAZ CÁCERES, N., y LOZANO CORREA, J., (2012). Manual para la gestión del relacionamiento con los grupos de interés, Universidad EAN, Bogotá, págs. 11-17.

- CASTILLA, L. (2007), El buen gobierno corporativo, Memoria del Seminario Internacional “Buen Gobierno Corporativo en la práctica, Quito, 29 de marzo, págs. 5-7.
- CASTRO HERVAS, C. (2015). La matrícula de comercio en el Legislación Ecuatoriana y su eficacia normativa, Ambato, págs. 15-16.
- CASTRO SANDOVAL, S., (2014). El derecho de impugnación de los socios que integran una minoría frente a las decisiones de la junta general de accionistas, Universidad Nacional de Loja, Loja, págs. 61-72
- CEPAL. ECUADOR: Evaluación de los Efectos Socioeconómicos del Fenómeno El Niño en 1997-1998. LC/R.1822/Rev.1, 16 de julio de 1998.
- CHARREAUX, G., (2000). “*La théorie positive de l’agence: positionnements et apports. Revue d’Économie Industrielle*”, No. 92, pág.193-214.
- CHICO JARAMILLO, M., (2012) Algunas Reformas Urgentes a la Ley de Compañías y la Adopción de una nueva Especie de Empresa Mercantil Simplificada, Universidad del Azuay, Cuenca.
- CHILLON, J. Y MERCHÁN, J. (1991). Tratado de arbitraje privado interno e internacional, Civitas, Madrid, págs. 24-29.
- CHULIÁ, V., (2004). Introducción al derecho mercantil, Editorial tiran Lo Blanch, Valencia.
- CLAESSENS, STIJN ET AL. (1999). Expropriation of Minority Shareholders: Evidence from East Asia, Working, Paper 2088, World Bank, pág. 2.
- COHEN BENCHETRIT, A., (2017). “Doctrina consolidada de la Dirección de los Registros y del Notariado en materia de retribución del consejero ejecutivo y del consejero delegado”, Revista Lex Mercatoria, artículo 6, Págs. 29-34
- COMISIÓN DE COMUNIDADES EUROPEAS, (2001). Libro Verde: “Fomentar un marco europeo para la Responsabilidad Social Empresarial, Bruselas.
- CONASEV. (2006). “Situación de las empresas que participan en el Mercado Público de Valores”, Revista Valores N° 047, agosto, Lima-Perú, págs. 18-25.
- CONFECÁMARAS-CIPE, (2002). Principios y marco de referencia para la elaboración de un código de buen gobierno corporativo, Bogotá.
- CONFECÁMARAS-CIPE, (2007). Experiencias exitosas de gobierno corporativo en la región andina, Bogotá.
- CORAGGIO, J. (2011). Economía Social y Solidaria, Ediciones Abya-Yala, Quito, pág. 381.
- CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), (2004), Código Andino de Gobierno Corporativo, Interdin,

- CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO, CAF. (2010). Lineamientos para un Código Andino de gobierno Corporativo.
- CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO, (2010). “Gobierno corporativo: lo que todo empresario debe saber”, Ed. 2da.
- CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), (2010). Lineamientos para el buen gobierno corporativo de las empresas del estado, pág. 13.
- CORPORACIÓN ANDINA FOMENTO, CAN, (2013), Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo, pág. 98.
- CORPORATION FINANCE, (1931), Berle, A. A., *Corporate powers as powers in trust*, Harvard Law Review, 6th Edition, Appleton, New York, London, págs. 1049-1074
- CORDERO, C., (2012). “Transparencia y derechos: la Rendición de Cuentas, un requisito en Responsabilidad Social”, Memorias Anuales de las Empresas del IBEX, No. 35, septiembre, Pág. 11.
- CORTÉS, D. L. Y ARENAS, C. E. V. (2011). “Medición de la aplicación de prácticas de gobierno corporativo en Colombia”, Tendencias, 12 (2), págs. 230-253
- CRESPO, M., Y ZAFRA, A., (2005). Transparencia y Buen Gobierno: su regulación en España, Nueva Imprenta, Madrid, págs. 1-22.
- DÁVALOS GUEVARA, M. (2004). La dolarización en el Ecuador: ensayo y Crisis, Ediciones ABYA-YALA, Quito, pág. 12-13.
- DAVIS, J.H.; SCHOORMAN, E.D.; DONALSON, L. (1997). *Toward a stewardship theory of management*. Academy of Management Review, vol. 22, n° 1, págs. 20-48
- DEFAZ VALAREZO, M. (2003), “Los fines de las políticas públicas y legislación de competencia. Algunas observaciones de utilidad para el caso ecuatoriano.” Temas Especiales de Derecho Económico. Serie de estudios jurídicos de la Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador y la Corporación Editora Nacional, Pág. 199.
- DE ROS, R., “Principio de igualdad de trato de accionistas”, conforme a la ley 3/2009: accionistas significativos, derechos políticos y representación proporcional”, Revista de Derecho Mercantil de Valores, Núm. 5, Sección de Estudios, pág. 76.
- DÍAZ MORALES, J. (2005), “La Ley Sarbanes-Oxley y la auditoría”, Revista Partida Doble, No. 169, págs. 104-109.
- DÍAZ, N., (2015), “La creación de valor compartido: estrategia de sostenibilidad y desarrollo empresarial”, Cultura Latinoamericana, Julio-Diciembre 2015, XXII (2), Págs. 207-230;
- DOLCE, M., (2014). Desafíos de supervivencia de la Empresa Familiar. Los principios de gobierno corporativo y el Protocolo Familiar., GUADE, Buenos Aires.



- DOMÍNGUEZ, AGEL P. *ET AL.* (2015). El gobierno corporativo en Iberoamérica: Recomendaciones de buen gobierno versus regulación en Iberoamérica, Fundación del Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores, Madrid, págs. 223-228.
- DONALSON, L y DAVIS, J.H. (1991) *Stewardship theory or agency theory: CEO governance and shareholder returns*, Australian Journal of Management, vol. 16, 1991, págs. 49-64
- DRUCKER, P., (1998). “Will Europe and Japon reform their corporate governances, Forbes Global Business & Finance. September”, pág.62-69.
- EELLS, R.S.F., (1960). *The Meaning of Modern Business: An Introduction to the Philosophy of Large Corporate Enterprise*. Columbia University Press, New York, pág. 106
- ESCOBAR ALBUJA, C., (2011) El derecho de impugnación de las minorías frente a las resoluciones de juntas generales en las sociedades anónimas y limitadas al amparo de la legislación societaria ecuatoriana, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011, págs. 65-74;
- FAMILIAR, C. J. (2003). Gobierno corporativo en México: evolución, avances y retos, Segunda Reunión del Foro Regional sobre el Sector Financiero. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, págs. 55-72.
- FARRAR, JOHN H., (1999) “*The New Financial Architecture and Corporate Governance*”, The International Lawyer, Winter, pág. 839-930.
- FARRAR, JOHN H., “The New Financial Architecture...” op- cit., pág. 839.
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. y HERNÁNDEZ, F. (2000) El gobierno de las sociedades cotizadas: situación actual y reformas pendientes. N°56. Papeles de la Fundación, pág. 17
- FINKELSTEIN, S.; D´AVENSI, R.A. CEO (1994). *Duality as a double-edged sword: How boards of directos balance entrenchment avoidance and unity of command*. Academy of Management Journal, vol. 37, págs. 1079-1108.
- FONDO CULTURAL ECONÓMICA, (1999), cita a Smith, La riqueza de las naciones (1776), Libro V, cap. 1, Buenos Aires, pág. 89.
- FUERTES TERÁN, E. (2013). El buen gobierno corporativo: su aplicabilidad en el derecho societario ecuatoriano, Quito, págs. 58-65.
- GABINO, P., (1977). Sociedades Comerciales, Editorial Temis, Bogotá.
- GALINDO, J., (2002). Derecho Europeo de Sociedades, JAVEGRAF, Bogotá, , pág. 327.
- GACIO, M., (2016). Aspectos sustanciales de la rendición de cuentas, Universidad de Buenos Aires, UBA, Buenos Aires.
- GALLO, M. (1995).La empresa Familiar ante del derecho, Madrid, pág. 58.

- GÁNDARA, J., (2010). Gobierno Corporativo, Revista Finanzas. Boletín 1, págs. 9-10.
- GARCIA, A., (1973). “Contrato de Agencia Comercial”, Estudios de Derecho, Medellín, 1973, pág. 55-92.
- GARCIA, M., (2003). “El gobierno corporativo y las decisiones de crecimiento empresarial: evidencia en las cajas de ahorros españolas”, Las Palmas de Gran Canaria, pág. 5.
- GARCÍA, R., (2009). Manual de Derecho Procesal, Domingo Lima.
- GARRIGUES, J., (1979). Curso de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México D.F.
- GEORGINA NUÑEZ, ANDRÉS ONETO Y GERMANO MENDES DE PAULA, (2009). Gobernanza corporativa y desarrollo de mercados de capitales en América Latina, Cepal, Bogotá, 2009, págs. 12-24.
- GILSON, RONALD J., (2001). “*Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form and Function*”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 49, No. 2, pág. 329.
- GLOBAL CORPORATE GOVERNANCE FORUM, Gobierno Corporativo en Latinoamérica 2010-2011, Washington, pág. VII.
- GLOBAL CORPORATE GOVERNANCE FORUM, Gobierno Corporativo en Latinoamérica 2010-2011, Washington, pág. VII.
- GONZÁLES DE COSSÍO, F. (2004). Arbitraje, Editorial Porrúa, México, D.F, p. 830.
- GONZÁLEZ, E., (2000) “Análisis ético del informe Cadbury: Aspectos financieros del gobierno de las sociedades, Castellón”, Universitat Jaume I, Papeles de Ética, Economía y Dirección, N. 5.
- GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M. (1995). La Junta General y el Órgano de Administración de la Sociedad Limitada Familiar, Madrid, 1995, pág. 180.
- GORBANEFF, Y. y CARDONA, J. F. (2009). “El concepto de incentivo en administración. Una revisión de la literatura”, Revista de Economía Institucional, 11(21), pp. 73-91.
- GORDILLO, A. (2000). Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, 4ta edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, pág. 12.
- GOEDCO, (2008) Quito, Boletín 11, Primera Quincena de octubre, pág. 2
- GUARDERAS CÓRDOVA, G. Gobierno Corporativo y la Legislación Societaria y Mercantil del Ecuador, Universidad San Francisco de Quito, Quito, pág.67.
- GUERRERO C., (2010). “*La Business Judgment Rule en los procesos de M&A*”, Departamento de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid., págs.7-33.

- GUEVARA, J., (2015) Impacto de la creación de valor compartido responsabilidad social y responsabilidad social corporativa en empresas multinacionales del Ecuador, Quito.
- GUILLEN BRIONES, M. (2010). “El derecho de la competencia”, Revista Jurídica de Derecho Económico de la Universidad de Guayaquil, Tomo 2, pág. 199.
- GUTIERREZ, P., (2004). “*Colombian Chambers of Commerce Confederation / Confecamaras*”, Estudio de Gobierno Corporativo en América Latina, Bogotá, pág. 46.
- GUZMÁN, A., TRUJILLO, M, (2012), Hacia la implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo en sociedades cerradas, Xprses Estudio Gráfico y Digital, Bogotá, pág. 204.
- GUZMÁN SALTOS, M. (2010). Implementación de prácticas de buen gobierno corporativo en empresas familiares ecuatorianas, Universidad de las Américas, Quito, 2010, pág. 36.
- GUZMÁN, V., TRUJILLO, M., (2016). “Lineamientos de Gobierno Corporativo en Revelación y Transparencia”, CESA, Bogotá.
- HAMILTON, ROBERT W., (2000) “Corporate Governance in America 1950-200: Major Changes but Uncertain Benefits”, The Journal of Corporate Law, pág. 349-665.
- HALPERIN, I., (1975) Sociedades Anónimas, Editorial Depalma, Buenos Aires.
- HERNÁN, V., (1987). De la Sociedad de Responsabilidad Limitada, Editorial Temis, Bogotá.
- HELLWIG (2000), *On the Economics & Politics of Corporate Finance & Corporate Control*, cita Wixforth Ed. Cambridge University Press,.
- HUNDSKOPF EXEBIO, O., (2003). “El Directorio de las Sociedades”, Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, Derecho Societario, Gaceta jurídica, Lima, pág. 581.
- INDACOCHEA, A. (2013), Una propuesta para mejorar las prácticas de gobierno corporativo en el Perú. CENTRUM. Lima, págs. 25-31.
- INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y DE AUDITORIA DE CUENTAS (BOICAC), (1994), Boletín N° 18, septiembre, págs. 93-139
- JARA, N., (2014). “Gobierno Corporativo: Una revisión. Tesis. Universidad de Chile. Facultad de Economía y Negocios, Santiago de Chile, págs. 9-10
- JENSEN, M.C., MECKLING, W.H., (1976), *Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, *Journal of Financial Economics*.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., (2016). “Evolución del tratamiento del buen gobierno corporativo de las sociedades anónimas en el Derecho Español, Revista Lex Mercatoria, No. 1.

- JUSTE MENCÍA, J. y ALTER, (2015). Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas, Editores Thomson Reuters-Civitas, Navarra.
- K. Y LIZARZABURU, E. (2016). “Gobierno Corporativo en Mercados emergentes: Impacto en la Bolsa de Valores de Lima – BVL, Revista Globalización, Competitividad y Gobernabilidad”, Vol. 10 N° 3, págs. 12-21.
- LAGAR MELO, A. (2004). Retos y avances del Gobierno Corporativo de las empresas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores a partir del 2002, Puebla, págs. 21-25.
- LANGENBAEK, A. & J. E. ORTIZ. (2007). “Q de Tobin y gobierno corporativo de las empresas listadas en bolsa”, Borradores de Economía, No. 447.
- LA PORTA, R., LOPEZ-DE-SILANES, F. and SHLEIFER, A., (2006) ¿“What Works in Securities Laws?””, The Journal of Finance, Vol. 61, Núm. 1, pág.76.
- LEE, P. y O’NEILL, H. “Ownership structures and R&D investments of U.S. and Japanese firms: agency and stewardship perspectives”, Academy of Management Journal, Vol. 46, n° 2, págs. 212-225
- LEFORT, F., (2003), “Gobierno corporativo: ¿Qué es? y ¿cómo andamos por casa?”, Cuadernos de Economía, 120, pp. 207-237.
- LEFORT, F. Y E. WALKER (2000) “The Effects of Economic and Political Shocks on Corporate Governance Systems in Chile”, Journal of Business Research, 61, págs. 615-622
- LEFORT, F. Y R. GONZÁLEZ. (2008) “Hacia un Mejor Gobierno Corporativo en Chile”, Revista ABANTE, 11(1), págs. 19- 45.
- LEONE, G., (2010). Materia Procesal Penal, Nova Lex, Madrid.
- LÓPEZ, R., (2014). “Derecho Comercial”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pág. 58.
- LORENTE, F., PARRA L., y GONZÁLEZ DE LA RUEDA J. (2011). “La sucesión de la empresa familiar en el derecho civil aragonés”, Revista de derecho de sociedades, págs. 89-113
- LOVATO, M., (2010). Implementación de prácticas de buen gobierno corporativo en empresas familiares ecuatorianas, Universidad de las Américas, Quito.
- LOZANO, M. (2002). “Prácticas comerciales restrictivas de la competencia transfronterizas: hacia una solución internacional”, Revista en CEDEC II, Colección Seminarios, N. 8, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, Bogotá, pág. 130.
- LUCARELLI, R., (2010). “Los conflictos societarios generados por las crisis familiares. En búsqueda de soluciones y su instrumentación jurídica”, Ponencia en: XI Congreso

- Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, Fundación para la Investigación y el Desarrollo, Buenos Aires, Tomo II, Pág. 736.
- M. SABA, B. THOMAS, “El gobierno corporativo en los Estados Unidos a comienzos del siglo XXI y su posición en el ámbito global”, Revista Chilena de derecho, Vol. 29, No.3, pág. 667
- MACKINSEY & COMPANY ET AL. (2002). “Prácticas de Gobierno Corporativo en las Sociedades Colombianas”.
- MARK J. ROE., (2000), “Precondiciones políticas para separar la propiedad del control corporativo”, Stanford Law Review, vol. 53, pág. 539.
- MERCHÁN HELOU, M. Análisis a la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías y su implicación en el sector empresarial Ecuatoriano, Universidad de las Américas, Quito, 2010, pág. 10-14.
- MERCHÁN HELOU, M. (2010). Análisis a la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías y su implicación en el sector empresarial ecuatoriano, Registro Oficial N° 591 Quito, viernes 15 de mayo del 2009, Quito, pág. 109.
- MESÍAS, A. (2002). “La crisis bancaria de 1999: Análisis a partir de la teoría de información asimétrica, Revista de Cuestiones Económica”, Vol.18, No. 2-3, págs.5-6.
- MOLINA, C., (2006). “Los directores independientes y el gobierno de las empresas”, Debates IESA, Núm. 11(4), págs., 16-24.
- MONARDES, C., (2016), Valor Compartido, una mirada público-privada de la política de empleabilidad: caso minera de pelambres. Santiago de Chile.
- MONGE, R., SALAZAR, J., (2016), Políticas de clústeres y de desarrollo productivo en la Comunidad Autónoma del País Vasco, OIT Américas Informe Técnico, Págs. 30- 52.
- MONTOYA A., HERNANDO. (2003). “Las prácticas del buen gobierno en las sociedades”, Ius Et Pruxis, N° 34, enero-diciembre, Lima-Perú, págs. 116-128.
- MONTOYA A., HERNANDO. (2003) “Las prácticas del Buen gobierno en las sociedades”, Ius Et Praxis, No. 34, Enero-Diciembre, Lima- Perú, 2003, págs. 117-124.
- OJEDA A., T., (2008). Intervención a compañías por parte de la Superintendencia, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, págs. 24-35.
- OLARTE RUSSY, A. (1999). Las funciones de inspección, vigilancia y control de las superintendencias, su estructura y funciones, Pontificia Universidad Javeriana, Santafé de Bogotá D.C., pág. 55.
- OLCESE, A., (2005), Teoría y práctica del buen gobierno corporativo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, pág. 10

OCDE, “Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20”, Editions OCDE, París, págs. 3-4.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACION Y EL DESARROLLO ECONOMICO (OCDE), (2004). “*Principles of Corporate Governance*”, Traducción de la versión original en inglés, publicada con el título: OECD Principles of Corporate Governance, en <http://www.gobiernocorporativo.com.co/aspectos-generales/definicion.html>, pág. 4.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), (2013). Whiter Paper sobre gobierno corporativo en América Latina, Santiago de Chile.

ORTIZ HERBENER, A. (2005). “Intervención Societaria”, Revista Jurídica de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Vol. 18, Págs. 350-355.

PALACIOS BRAGG, F., (2013), “Análisis de los abusos cometidos por los socios mayoritarios contra las minorías societarias en la sociedad anónima; algunas alternativas der solución”, Revista de Derecho, No. 16.

PALACIOS, F., (2012). “La necesidad de normar el derecho de suscripción preferente de los accionistas en la sociedad anónima. Consideraciones para una reforma legislativa, Cuaderno de investigación Jurídica”, Vol. II, No. 9, págs. 7-13.

PAREDES HERRERA, G. (2014), Análisis de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Afectación en el Marketing, y Determinación de su Conocimiento por parte de los Estudiantes de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Tecnológica Equinoccial, Universidad Técnica Equinoccial, Quito, págs.8-16.

PATRICK, (1997), *How the Japanese financial system & its Main bank system have dealt with generis issues of financial development*, Ed. Columbia University Press,

PAYET, JOSÉ ANTONIO. (2003). “Empresa, Gobierno Corporativo I Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías”, Themis, N° 46, Lima-Perú, págs. 103-110.

POLO, A., AVILÉS, J., (2007) “¿Protección a las minorías o invitación a la tiranía?”, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, No. 64: Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social, pág. 2.

PORTER, M., KRAMER, M., (2011). “La creación de valor compartido”, Harvard Business Review América Latina, enero.

QUILUMBA, J., (2015). Efectos suspensivos de las decisiones de la junta general de socios y accionistas impugnadas en sede judicial por causales de nulidad, Universidad Central

- del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Quito, 2015, Págs. 15-19.
- RAMÍREZ, C., (1987) Derecho Empresarial Ecuatoriano, Universidad Técnica Particular de Loja UTPL, Loja.
- RAMOS R., L., (2016) Roles mediadores del impacto de la Cohesividad y del conocimiento en la Efectividad de las juntas: empresas privadas y Públicas peruanas, Universitat Ramon Llull, Barcelona, pág. 10.
- RANGEL, H., (2002). Segunda Ceremonia de Presentación de las Empresas Socialmente Responsables en México, ALiaRSE/Cemefi, México D.F, Pág. 3.
- REYES, J., y QUIRUMBAY, M., Diseño de un programa de capacitación jurídica para microempresarios para la constitución de una compañía anónima, Universidad Estatal Península de Santa Elena, La Libertad, pág. 71.
- RIBADENEIRA, F. (2010). “Análisis del Proyecto de Código de Buen Gobierno Corporativo de la Corporación Andina de Fomento frente la Legislación Societaria Ecuatoriana”, Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Tomo 2, Noviembre, págs. 339-394.
- RIBADENEIRA SUÁREZ, F. (2005). “Análisis del Proyecto de Código de Buen Gobierno Corporativo de la Corporación Andina de fomento frente la Legislación Societaria ecuatoriana”, Revista Jurídica Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Vol. 2, págs. 339-393.
- RIBERT, G., (1954). Tratado Elemental de derecho Comercial, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.
- RIVERA CÁRDENAS, L., (2015), La Mediación y su aplicación como medio alternativo de solución de conflictos en la ciudad de Quito, Universidad Central del Ecuador, Quito.
- RIVERA, M., (2000). “Caracterización jurídica de los convenios de votos entre accionistas”, Revista de Derecho mercantil, No. 179-180, pág. 80.
- ROCA CARBAJAL, L. (2008). “Gobierno Corporativo: Una Mirada en América Latina”, en Derecho de Sociedades y Gobierno Corporativo), Ed. Jurídica Grijley, Lima, Págs. 327-348.
- ROCCA CARBAJAL, L., (2013). Código de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas, El Peruano, Lima, Separata, 8 de noviembre, págs. 20-22.
- ROMANO, R., A. (1993). Cautionary Note on Drawing Lessons from Comparative Corporate Law, Yale Law Journal. No.102, 2021.
- RUALES, F. (2012). El gobierno corporativo en las empresas privadas ecuatorianos y su factibilidad de aplicación en la empresa Quifatex S.A., Universidad Central del Ecuador, Quito, pág. 10.

- RUGGIE, J.G. (2015). “Gobernanza mundial y teoría de la nueva gobernanza: Lecciones sobre empresas y derechos humanos”. Traducción del original. Revista de Responsabilidad Social de la Empresa, Núm. 20, Mayo-Agosto, págs. 17-32.
- SALAZAR, J., (2012), Legislación de Empresas, *Juris Centium*, Madrid, Pág. 21.
- SALGADO, R., Tratado de derecho empresarial y Societario, Editorial Cevallos, Quito.
- SALGADO, V., (1977) La Sociedad Anónima en el Ecuador, Publigráf, Quito.
- SALAZAR, J., (2012). Legislación de Empresas, *Juris Centium*, Madrid.
- SALGADO, R., (1987). Nuevo Manual de derecho Societario, Editorial Universitaria, Quito.
- SAMANIEGO, L., (2013). “Análisis del impacto de la gestión empresarial por parte de los gobiernos corporativos en el Ecuador”, Quito.
- SANCHEZ-CALERO GUILARTE, (2002). “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, RDM, octubre-diciembre, pág. 246.
- SAINZ DE ABAJO, B. (2010). Propuesta de un modelo de regulación ex ante para la mejora de las condiciones de competencia en los nuevos mercados de distribución de contenidos digitales, Universidad de Córdoba, Córdoba, pág. 31.
- SÁNCHEZ RUÍZ, M., (2017). “Voto y conflicto de intereses del accionista”, Revista Lex Mercatoria, artículo 17, Págs. 121-128.
- SANTOLIVADO, D., BRIOZZO, A. Y ALBANESE, D. (2014). “Gobierno corporativo, rentabilidad y financiamiento en PYMES”, XXXIV Jornadas Nacionales de Administración Financiera, Valle Hermoso, Córdoba, Argentina, págs. 256- 292
- SILVA, ALTAMIRO E MALTA CYNTHIA. “*Bovespa anuncia índice de ações do Novo Mercado*”, Gazeta Mercantil, São Paulo, pág. B- 4.
- SCOTT, J. (2015). El buen gobierno desde la convicción, El País Negocios, 14 de junio, pág. 18.
- SCOTT, J. (2015). El buen gobierno desde la convicción, El País Negocios, 14 de junio, pág. 18.
- SPERBER, D., “El gobierno Corporativo, ¿En el Ecuador?”(2007), Revista de Derecho Iuris Dictio, Vol. 7, Núm. 10 en [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo\\_de\\_contenidos/Documents/IurisDictio\\_10/El%20Gobierno\\_Corporativo\\_en\\_el\\_Ecuador.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_10/El%20Gobierno_Corporativo_en_el_Ecuador.pdf)., pág. 77
- SPERBER, D., (2007) “El gobierno Corporativo, ¿en el Ecuador?”, Revista de Derecho Iuris Dictio, Vol. 7, Núm. 10, 2007, pág. 77.
- SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS, (2018), “Doctrina 110: Las limitaciones contractuales a las facultades representativas de los administradores son ineficaces frente a terceros de buena fe”, pág. 246.



- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, Código de Mejores Prácticas Corporativas, Circular Externa 028 de 2007- Anexo 3, Págs. 5-10.
- SUPERINTENDENCIA DE MERCADO DE VALORES DE PERÚ, (2013), Código de buen gobierno corporativo para las sociedades peruanas, Lima, 2013.
- SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES DEL PERU, (2016), Información estadística del Reporte sobre el cumplimiento del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, págs. 7-15
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, “Documentos”, 2009: <http://www.supersociedades.gov.co/web/documentos/guia%20colombiana%20de%20gobierno%20corporativo.pdf>. (15 de Marzo de 2010);
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, (2009). Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia.
- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, Resolución 275/2001, del 23 de mayo de 2001.
- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, “Código de mejores prácticas corporativas” Colombia”, [http://www.gobiernocorporativo.com.co/documentos/codigo\\_pais.pdf](http://www.gobiernocorporativo.com.co/documentos/codigo_pais.pdf). Bogotá. (15 de Abril de 2009).
- SWETT, FRANCISCO X., (2010). “La buena economía y el ordenamiento del derecho”, Revista Jurídica de Derecho Económico, Universidad de Guayaquil, marzo, Tomo 1, pág. 69.
- TAMARIZ, J., (2008). Competitividad, riesgo, ¿inseparables?, Red de Información de Gobierno Corporativo, GOREDCO, Quito, Boletín 11, Primera Quincena de octubre, pág. 2.
- TULCÁN QUIÑONEZ, (2017), Aplicación de un código de convivencia como solución a los conflictos en la empresa familiar, Universidad de Guayaquil, Guayaquil, págs. 18-22.
- VÁSQUEZ LÓPEZ, V., (2008), La administración en las compañías de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas, Universidad del Azuay, Cuenca, pág. 24
- URÍA, R., (1990). Derecho Mercantil, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- VELANDIA, M. (2011). Derecho de la competencia y del consumo, 2da edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 33.
- VELEZ, F. Aproximaciones al Gobierno Corporativo en Colombia: incursión y desarrollos actuales, Criterio Jurídico, Volumen 7, págs. 376-402.

- VILLARREAL, V., Creación de políticas de buen gobierno corporativo para la aplicación del a cultura jurídica por efecto de la actualización de la legislación vigente en el país, Universidad Central del Ecuador, Quito, págs. 18-25
- VILLEGAS, C., (1996). Tratado de las sociedades, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- VILLALOBOS, J., (2004). II Conferencia Interamericana de Responsabilidad Social Empresarial “Del Dicho al Hecho”, BID/ Cemefi, México, D.F., pág. 2.
- VILLARREAL, V., (2014). Creación de políticas de buen gobierno corporativo para la aplicación de la cultura jurídica por efecto de la actualización de la legislación vigente en el país, Universidad Central del Ecuador, Quito.
- VILLOTA BERNARDO, (2010). Los deberes fiduciarios de los directores en el estado de Delaware (Tesis), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, págs. 35-38.
- WASERMAN, N. (2006). “*Stewards, agents and the founder discount: Executive compensation in new ventures*”, Academy of Management Journal, Vol. 49, nº 5., págs. 960-976.
- YÉPEZ, N., (2014). “Derechos políticos de los accionistas ecuatorianos”, UISEK, Quito.
- ZÚÑIGA D., (2011). “Estructura de Propiedad e inversión: Evidencia para Chile, Universidad de Chile, Departamento de Ingeniería industrial (Tesis), Santiago de Chile, pág. 10.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO

Gladis Adelaida Alarcón Valencia