

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

MONOGRAFÍA DE GRADO

**GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES CERRADAS
- Especial Énfasis en Protocolos de Familia-**

**Presentado por:
CRISTINA VELASCO SALZBURG**

**Director:
JUAN JACOBO CALDERÓN**

Bogotá, D.C., 24 de mayo de 2011

GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES CERRADAS

-Especial énfasis en Protocolos de Familia-

1. Introducción

En Colombia y en el mundo entero, a raíz de las crisis de los mercados bursátiles, se ha creado la necesidad de implementar en las empresas Códigos de Buen Gobierno Corporativo, con el fin de generar una mayor seguridad a los inversionistas¹, pues su utilización brinda sin lugar a duda una mejor organización al interior de las compañías que les permite desarrollar un óptimo desempeño. Diferentes estudios han determinado que con la agregación de este Código “(...) se garantizan un mejor uso de los recursos

¹ Superintendencia de Sociedades, Confecamaras, Cámara de Comercio de Bogotá, “Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia”, septiembre de 2009, pág. 6.

en las empresas, contribuyen a una mayor transparencia contable y mitigan los problemas de información asimétrica que garantizan a los mercados financieros.”²

De acuerdo a lo anterior, se hace indiscutible el papel fundamental que juega el Gobierno Corporativo en la economía, haciendo un llamado especial a las sociedades cerradas quienes sólo en Bogotá representan el 94% de las empresas³, y en Latinoamérica, el 90%⁴. Las cifras demuestran claramente que este tipo societario, representa gran importancia en la economía global, lo que permite que la incorporación de un Gobierno Corporativo y un Protocolo Familiar, ayude a salvaguardar un mercado sano en los distintos países.

Sin embargo, los beneficios que puede traer esta herramienta son a largo plazo y económicamente difíciles de tasar. Es por esta razón que los empresarios se enfrentan ante la disyuntiva de asumir los costos que la implementación del Código pueda llegar a generar o arriesgarse a perder los beneficios que el mismo pueda traer.

Como consecuencia de lo anterior, el legislador ha sido precavido frente a su positivización, ya que el Gobierno Corporativo debe ajustarse a las necesidades particulares y presupuesto de cada empresa, teniendo en cuenta, entre otras cosas, su tamaño. Por esta razón, la CAF, la OECD, la Cámara de Comercio, y la Superintendencia de Sociedades, recomiendan que su utilización se implemente de

² Cámara de Comercio de Bogotá, El Gobierno Corporativo de las sociedades de familia en Bogotá, 2010, pág. 22.

³ IBIDEM, pág.12.

⁴ 9º Foro Internacional de Gobierno Corporativo, nuevas tendencias en la gestión de las empresas de familia, “El rol del Gobierno Corporativo en las Sociedades de Familia” expositor: Luis Guillermo Vélez Cabrera, Superintendente de Sociedades.

manera gradual mediante costumbre, hasta el punto tal, que se genere una consciencia y percepción sobre la importancia de dicha herramienta.

Esta investigación tiene como objetivo fundamental crear un documento que sensibilice a los inversionistas sobre la importancia del Código de buen Gobierno Corporativo, orientando y proponiendo una correcta utilización del mismo, con el fin de que las actividades desarrolladas en la empresa se ejecuten con mayor seguridad y transparencia.

Con el fin de lograr esta meta, se hará un recuento histórico sobre el origen y fundamentos que dieron lugar al nacimiento de estos Códigos, se enunciarán los principios por los cuales se debe regir, se analizarán los temas relacionados con los costos y beneficios y por último se propondrá la costumbre mercantil como método para imponer la obligatoriedad a su utilización.

Finalmente, se estudiarán los Protocolos de Familia, por ocupar las empresas de familia el mayor porcentaje de existencia dentro de las sociedades cerradas.

Como anexo, se encuentra una propuesta sobre las medidas mínimas que se deben implementar en un Código de Buen Gobierno Corporativo, el cual constituye una recopilación de las medidas recomendadas por la Cámara de Comercio, la CAF y la OECD.

2. Análisis

a. Capítulo I: Gobierno Corporativo de las sociedades cerradas.

i. Definición

Aunque existen varias definiciones de Gobierno Corporativo, considero que las mejores son las propuestas por la firma de abogados “Larrea y Ortiz”⁵ domiciliada en Guayaquil, en cuanto que toma en consideración todas las aristas que componen un Código de esta clase.

1. En sentido amplio

Es “(...) aquél sistema por el que se establecen los derechos y obligaciones entre las diferentes personas involucradas en la empresa, como propietarios, consejeros, administradores, accionistas y empleados; así como las reglas y los procedimientos para la toma de decisiones sobre esos negocios.”⁶

⁵ <http://larreayortiz.com/>.

⁶ Larrea, Ortiz & Cia, “Análisis del Buen Gobierno Corporativo”, www.larreayortiz.com, fecha de consulta: 17 de noviembre de 2010.

Se debe entender por sistema como el conjunto de costumbres, hábitos, y todo tipo de regulaciones que determinan la forma en que una compañía debe ser manejada.⁷

Finalmente, Esta definición cobija, a criterio del Banco Mundial, la regulación que debe existir para los administradores, los accionistas y los grupos de interés, dentro de un marco de transparencia, confiabilidad y responsabilidad.⁸

2. En sentido restringido

Es “(...) *el conjunto de métodos y procedimientos que adoptan las empresas para asegurar que sus lineamientos y los de sus directivos se dirijan a cumplir con los fines de los accionistas, entre los que se destaca la maximación del valor de la empresa y por ende del accionista (...).*”⁹

Esta definición abarca uno de los mayores propósitos del Gobierno Corporativo: regular las relaciones entre accionistas y administradores, de forma tal que los últimos trabajen acorde a los intereses de los primeros.

Se hace pertinente añadir a esta definición la responsabilidad social, y la protección a los grupos de interés, en tanto que esta clase de Código, debe

⁷ The Aspen Institute, “A closer Look at Business Education: CORPORATE GOVERNANCE”, Business Society Program, Julio DE 2006, www.beyondgreypinstripes.org/CGReport.pdf, fecha de consulta: 30 de enero de 2011

⁸International Finance Corporation, http://www.ifc.org/ifcext/corporategovernance.nsf/Content/DFI_Statement, fecha de consulta: 17 de noviembre de 2010.

⁹ IBIDEM.

contemplar los derechos del medio ambiente y en general de todas las personas que se encuentren directa o indirectamente afectadas con el desarrollo del objeto social de la compañía.¹⁰

¹⁰ Ver The Aspen Institute, “*A closer Look at Business Education: CORPORATE GOVERNANCE*”, fecha de consulta: 30 de enero de 2011.

ii. Antecedentes Históricos

Por primera vez en la historia, se empieza a hablar de Gobierno Corporativo a raíz de la creación del concepto de empresa moderna, en virtud de la cual se empieza a delegar la toma de las decisiones a los administradores.¹¹ A partir de ese momento, se comienza a debatir sobre la mejor forma en que las sociedades deben ser gobernadas, haciendo un especial énfasis en la relación de los accionistas con sus administradores.¹²

Es así como Smith señala, que los directores u administradores de las compañías jamás van a vigilar con la misma diligencia que los dueños los recursos de la empresa.¹³

En consecuencia de lo anterior, el Gobierno Corporativo se empieza a centrar principalmente en la regulación de la comunicación y control que deben tener los accionistas hacia los administradores de su sociedad, con el fin de salvaguardar sus propios intereses.¹⁴

Es necesario aclarar, que los primeros antecedentes del Gobierno Corporativo se encuentran estudiados principalmente en las sociedades anónimas inscritas en bolsa, debido a que las situaciones mundialmente relevantes que han marcado las

¹¹ Benavidez Franco, Julián. “*Historia del Gobierno Corporativo en el mundo*”, http://www.kpmg.com.co/files/documen_corp_gov/release/lb_c1_01.htm fecha de consulta: 26 de octubre de 2010.

¹² Ver Larrea, Ortiz “*Análisis del Buen Gobierno Corporativo*”, fecha de consulta: 26 de octubre de 2010.

¹³ Ver Benavidez Franco, “*Historia del Gobierno Corporativo en el mundo*”, fecha de consulta: 26 de octubre de 2010.

¹⁴ Ver Larrea, Ortiz “*Análisis del Buen Gobierno Corporativo*”, fecha de consulta: 3 de noviembre de 2010.

bases del Buen Gobierno, se han presentado en este tipo de empresas, en algunos casos por su tamaño y en otros, por su carácter multinacional.

Históricamente, según la forma en que se ejerce el control sobre la administración de la compañía, es posible identificar dos tipos de modelos de Gobierno Corporativo, a saber el modelo dual y el modelo monista.¹⁵

El modelo dual, tomado principalmente de la corriente alemana, es aquel en virtud del cual la supervisión y control de la compañía se encuentra en cabeza de los accionistas sobre los que direccionan la empresa. El modelo monista, de lo contrario, delega la supervisión a un grupo de 24 personas que conforman un Consejo de Administración, elegidos por los mismos propietarios. (Modelo tomado del Reino Unido).¹⁶

A pesar de existir estos dos modelos, la mayoría de los países han optado por aplicar en sus empresas el modelo monista; incluso Alemania, quien después de unos años, creó la llamada “Directiva Europea”, conformada por trabajadores y representantes de los accionistas "outsiders", quienes tenían como función principal la supervisión de la empresa.¹⁷

En 1932, una vez realizado el estudio Berle y Means, se comprobó que las empresas en Estados Unidos, delegaban la dirección de las compañías, separando la propiedad del control. Sin embargo, en esa época, no se previó el sin número de

¹⁵ IBIDEM.

¹⁶ IBIDEM.

¹⁷ Ver Benavidez Franco, “*Historia del Gobierno Corporativo en el mundo*”, fecha de consulta: 3 de noviembre de 2010.

circunstancias que se podían presentar, lo que llevó a los directivos a actuar bajo sus propios intereses, olvidando los verdaderos objetivos de los accionistas.¹⁸

Acto seguido, se presentaron casos famosos de corrupción financiera, a saber, el caso Enron, Parmalat y Worldcom.

Enron, era una empresa texana principalmente de gas, energía y agua, que ocupaba uno de los mayores puestos de las empresas más valorizadas en Estados Unidos y Europa. Se caracterizaba por tener una estructura corporativa compuesta por más de 3000 sociedades a través de *holdings*; la complejidad de su composición, llevaba como consecuencia que las auditorías no se pudieran realizar con facilidad, de tal forma que “maquillar” resultados era muy fácil.¹⁹

Esta compañía también era conocida por su estrecha cercanía al gobierno de Bush. Se comprobó²⁰, que Enron donó alrededor de 6 millones de dólares a políticos.

El caso colapsó cuando la empresa texana pasó de ser una de las empresas dominantes de los Estados Unidos al caso de mayor fraude empresarial en la historia, mediante el cual se puso en tela de juicio la credibilidad de los administradores y accionistas de las compañías.²¹ El escándalo ocurrió cuando se

¹⁸ IBIDEM.

¹⁹Noticiasdot.com, “El caso ENRON al detalle”, http://www.noticiasdot.com/publicaciones/2006/0206/2402/cine/cine_240206-01-2.htm, fecha de consulta: 28 de febrero de 2011.

²⁰ El estudio fue realizado por el “Centro de Políticas Responsables”, una organización no gubernamental independiente.

²¹ Actualícese.com, información contable y tributaria al día, “*Caso Enron, una enseñanza de toda la vida para los profesionales contables*” publicación del 2 de diciembre de 2009, <http://www.actualícese.com/actualidad/2009/12/02/caso-enron-una-ensenanza-de-toda-la-vida-para-los-profesionales-contables/> fecha de consulta: 7 de noviembre de 2010.

descubrió que los administradores y algunos accionistas de la compañía inflaron las utilidades y escondieron grandes deudas con el fin de incrementar sus salarios, y los accionistas, vender sus acciones a un precio extremadamente alto, antes de hacer pública la verdadera situación financiera de la empresa.²²

La estrategia fue utilizada a través de los holdings, mediante los cuales la compañía adquiría grandes deudas sin reportarlas en los estados financieros. Es así como miles de trabajadores e inversionistas se vieron afectados por las acciones fraudulentas que se realizaron con el apoyo de los auditores Arthur Andersen.²³

Como consecuencia de lo anterior, más de 40 países se vieron afectados en su economía, especialmente en el sector energético y en aquellas empresas que mantenían algún tipo de contrato con Enron.²⁴

El caso Parmalat se presenta principalmente en Europa, aprovechándose de la seguridad que tenía la gente que un caso como el de Enron no se iba a volver a presentar.²⁵

Las sospechas sobre la quiebra de la empresa por medio de grandes endeudamientos y actos fraudulentos empezaron cuando Parmalat realizó un inversión de 500 millones de euros al fondo “Epicurum” con sede en las islas

²² IBIDEM.

²³ Ver, Noticiasdot.com, “El caso ENRON al detalle”.

²⁴ IBIDEM.

²⁵ Ramonet, Ignacio, “*El escándalo Parmalat*”, 2004-02-06, http://www.solidaridad.net/imprimir1149_enesp.htm, fecha de consulta: 28 de febrero de 2011.

Caimán, que llevó como consecuencia a la reducción del valor de sus acciones. La bolsa, por su lado, solicitó aclaración sobre la manera en que la empresa iba a responder con unas obligaciones que vencían en el año 2003, para lo cual la compañía se respaldó con una supuesta reserva de 3950 millones de euros y presentó como garantía un título de un banco estadounidense. Prontamente se comprobó que dicho título era falso y las acciones se decayeron en cuestión de segundos.²⁶

Por último, el fraude financiero presentado en el caso WorldCom, sucedió debido a que los administradores inflaron las utilidades al no restar la amortización, la depreciación del patrimonio, los impuestos y los intereses. Adicionalmente, se reportaron en los estados financieros algunos gastos como inversiones, lo que generó una inflación en el valor de la empresa, y como consecuencia en las utilidades de sus directores, siendo el valor real de las cuentas otro.²⁷

A raíz de estos casos, la presencia de un Gobierno Corporativo se empieza a hacer valer por la falta de protección a los inversionistas, de independencia de los auditores, de parámetros contables y roles debidamente determinados en las auditorías.²⁸

Acto seguido, debido a las crisis repetidas, el Gobierno Estadounidense decidió conceder un tiempo bajo el cual las empresas se podían confesar respecto de sus actividades ilícitas a cambio de amnistía. Para sorpresa de todos, más de

²⁶ IBIDEM

²⁷ Poprtikin. Alfredo, “*Fraudes Contables en Estados Unidos: Caso WorldCom*”, 27 DE NOVIEMBRE DE 2006, <http://fraudescontables.blogspot.com/>, Fecha de consulta: 1 de marzo de 2011.

²⁸ IBIDEM.

cuatrocientas empresas admitieron haber realizado alguna actividad financieramente ilegal.²⁹

Como consecuencia de estas infortunadas experiencias, en Estados Unidos, y en el mundo entero, se extiende la propuesta de implementar Códigos de Buen Gobierno Corporativo al interior de las empresas, como una forma de regular la relación entre los accionistas y los administradores, seguido de otorgarle mayor seguridad a los inversionistas y distintos grupos de interés.³⁰

²⁹ Ver Larrea, Ortiz, “*Análisis del Buen Gobierno Corporativo*”, fecha de consulta: 3 de noviembre de 2010.

³⁰ IBIDEM.

iii. Principios que gobiernan un buen Código de Gobierno Corporativo

En este capítulo, se pretende enunciar y explicar los principios básicos que gobiernan un buen Código de Gobierno Corporativo, para lo cual se utilizará principalmente el documento de la OECD³¹, en cuanto que el Foro de Estabilidad Financiera lo ha establecido como una de las doce normas fundamentales que garantizan un sistema financiero sostenible.³²

No obstante, se aclara que dichos principios no son vinculantes sino meramente orientadores, pues se reconoce que los mismos deben irse ajustando a la realidad cambiante de cada país.³³

Si bien, los principios que se enunciarán a continuación están pensados para sociedades abiertas inscritas en bolsa, la OECD reconoce que también pueden ser un instrumento clave y útil para las sociedades cerradas.³⁴

De acuerdo a las necesidades que se han presentado históricamente, los principios se basan principalmente en torno a los conflictos que se puedan generar entre los accionistas y administradores, así como la protección que se les debe dar a los accionistas minoritarios.³⁵

³¹ Texto completo en <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf>

³² Principios de Gobierno Corporativo de la OECD, <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf>, Pág. 9, fecha de consulta: 16 de noviembre de 2010.

³³ IBIDEM, Pág. 10.

³⁴ IBIDEM, Pág. 11.

³⁵ IBIDEM.

A continuación se explicarán cada uno de los principios que la OECD recomienda deben ser introducidos dentro del marco de un buen Gobierno Corporativo:

i) Garantizar la base de un Marco Eficaz para el Gobierno Corporativo

Con el fin de garantizar la mayor efectividad de este principio, se hace necesario que el Gobierno Corporativo se ajuste a la legislación del país y el Estado Social de Derecho, teniendo en cuenta a su vez, la repercusión que podría llegar a tener en la economía y el mercado. Así mismo, se debe delimitar de forma clara y precisa las responsabilidades de los distintos órganos en materia de supervisión, aplicación y ejecución; se debe controlar las normativas contables, de auditoría, contratos y posible insolvencia.

Por último, se debe dotar a los órganos supervisores, reglamentarios y ejecutivos de autoridad y recursos, con el fin de poder realizar sus actividades con profesionalidad y de manera oportuna.

El personal que cuente con este tipo de competencias, debe ser lo suficientemente estudiado y capacitado para realizar su labor.³⁶

³⁶ IBIDEM, Páginas 29 – 31.

ii) Los derechos de los Accionistas y Funciones Clave en el Ámbito de la Propiedad

Este principio hace referencia al derecho que tienen los propietarios de la empresa de contar con mecanismos suficientes para participar activamente en la defensa de sus intereses. Como ya lo habíamos explicado, los administradores deben actuar en pro de los intereses de los propietarios; en caso dado de no ser así, este último tiene derecho a utilizar medidas para ejercer presión, amonestar o destituir.³⁷

Como consecuencia de lo anterior, se hace necesario aclarar, que la titularidad de una acción o cuota de participación, da derecho a la obtención de la información, con la cual los propietarios pueden participar en las decisiones fundamentales de la sociedad y plantear preguntas a los administradores.³⁸

iii) Tratamiento Equitativo de los Accionistas

En las sociedades cuya estructura de la propiedad sea compuesta por extranjeros y nacionales, se debe garantizar la igualdad entre ellos, de forma tal que exista un trato equitativo y la empresa sea manejada de acuerdo a los intereses de todos.³⁹

³⁷ IBIDEM, Páginas 32 – 39.

³⁸ Finland Central Chamber of Commerce, “*Improving Corporate Governance of Unlisted Companies*”, enero de 2006, Pág. 4.

³⁹ Ver Principios de Gobierno Corporativo de la OECD, pág. 40 – 45, fecha de consulta: 17 de noviembre de 2010.

Así mismo los accionistas minoritarios deben ser protegidos con el fin de evitar abusos por parte de los mayoritarios de manera directa o indirecta, y puedan ejercer poder de control y disponer de medios efectivos de reparación.

iv) El Papel de las Partes Interesadas en el Ámbito del Gobierno Corporativo.

El marco del Gobierno Corporativo debe facilitar la sostenibilidad financiera de la empresa. De esta forma, este código, se debe preocupar por motivar la inversión de las partes interesadas en la sociedad. *"El marco para el gobierno deberá admitir que, reconociendo los intereses de las partes interesadas y su contribución al éxito de la sociedad a largo plazo, se está sirviendo a los intereses de la propia sociedad."*⁴⁰

Mediante acuerdos, se debe reconocer los derechos que las partes interesadas tienen por ley, como lo son las regulaciones en materia laboral, comercial, de empresa y de insolvencia. Dichos acuerdos deben plantear un mecanismo de reparación a los grupos de interés en caso de que sus derechos sean violados. Para esto, se hace necesario que los empleados participen en la formación del Código de Buen Gobierno, y se tenga una participación de los mismos en la Junta Directiva, de forma tal, que se sientan con la libertad de manifestar

⁴⁰ Ver Principios de Gobierno Corporativo de la OECD, página. 46, fecha de consulta: 16 de noviembre de 2010, cursiva fuera de texto.

sus preocupaciones sobre prácticas ilegales o no éticas de la empresa, sin quedar por este hecho comprometidos.⁴¹

Por último el marco del Gobierno debe contener un aparte especial para los casos de insolvencia, mediante el cual se garantice efectivamente los derechos de los acreedores.⁴²

v) Divulgación de Datos y Transparencia

La información relativa a la "situación financiera, los resultados, la titularidad y el gobierno de la empresa"⁴³ debe ser divulgada por lo menos una vez al año.

Una política divulgativa, permite que los accionistas ejerzan sus derechos de forma segura y se atraiga capital a la empresa dentro de un mercado de confianza, salvaguardando la economía en su conjunto.⁴⁴

El público por su parte, podrá comprender las actividades y políticas de la empresa, relacionadas con las normas de medio ambiente, éticas y comunidades en las que se desarrolla la actividad.

⁴¹ IBIDEM, Páginas 40 – 45.

⁴² IBIDEM.

⁴³ IBIDEM, Pág. 49.

⁴⁴ IBIDEM, Páginas 50 – 58.

Es importante aclarar, que la divulgación de la información no debe imponerle a la empresa costos excesivos, ni poner en peligro su competitividad.⁴⁵

Por último, y en concordancia con el principio de "Trato Equitativo de los accionistas", este principio protege la revelación simultánea de la información a todos los accionistas, garantizando un trato equitativo entre ellos mismos.⁴⁶

vi) Las Responsabilidades de la Junta Directiva

Respecto de este principio, es necesario aclarar, que en Colombia el nombramiento de una junta directiva es únicamente obligatoria en las sociedades anónimas.

Sin embargo, como se explicará más adelante en el capítulo "Una propuesta sobre las medidas generales y mínimas que se deben implementar en un Código de Buen Gobierno Corporativo", una de las medidas propuestas es crear una Junta Directiva, conformada con miembros externos a los propietarios de la empresa, con el fin de que se logre una separación entre la propiedad, el control y la administración, logrando así una verdadera profesionalización de la empresa.⁴⁷

⁴⁵ IBIDEM.

⁴⁶ IBIDEM.

⁴⁷ Empresas de Familia Estrategias de Éxito y Permanencia, Cómo acrecentar y cuidar su patrimonio, "Sucesión y Continuidad en América Latina", Colección Textos de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, 2010 Pág. 49.

Ahora bien, en caso de tomar la decisión de implementar esta medida en la empresa, es necesario, que en cumplimiento de este principio, el marco del Gobierno Corporativo, exponga las funciones y responsabilidades de la Junta Directiva de manera expresa, de forma tal que se facilite un control efectivo sobre las decisiones de la Junta.⁴⁸

Para que los miembros de la dicha Junta, actúen correctamente, deben estar dotados de la información más completa, deben tratar de manera equitativa a todos los accionistas y actuar con los niveles de ética más elevados.⁴⁹

Para cerrar este capítulo, es necesario dejar constancia sobre la problemática que se ha encontrado al aplicar estos principios de manera efectiva en las empresas. La Comisión Europea, realizó un estudio⁵⁰ sobre este punto, y a pesar de haberse enfocado sobre las entidades financieras, reconoce que los mismos problemas se han encontrado en todo tipo de empresas, a saber:

- Los principios se encuentran redactados con un margen de interpretación muy amplio.
- No se estableció una distribución clara de las autoridades corporativas y responsabilidades.
- La ausencia y falta de consciencia en su aplicación y supervisión por ser éstos meras recomendaciones.

⁴⁸ Ver Principios de Gobierno Corporativo de la OECD, páginas 59 – 67.

⁴⁹ IBIDEM.

⁵⁰ Comisión Europea, “Libro Verde”, capítulo “*El problema de la aplicación efectiva de principios de gobierno corporativo por las entidades financieras*”, Bruselas, Junio de 2010, texto completo en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0284:FIN:ES:PDF>

iv. Importancia, costos y beneficios de la implementación del Gobierno Corporativo al interior de las empresas

La importancia y los beneficios de la implementación de un Código de Buen Gobierno Corporativo, se puede analizar desde dos perspectivas: desde el punto de vista macroeconómico, y desde el punto de vista de las empresas a nivel interno.

Desde un punto de vista macroeconómico, existe una estrecha relación entre Gobierno Corporativo, desarrollo financiero y crecimiento económico de un país.⁵¹

“Mercados financieros más desarrollados permiten que las empresas tengan un acceso más amplio a recursos financieros y a un costo menor, lo cual redundará en mayores tasas de crecimiento y generación de empleo.”⁵²

Esta relación se ha dado de acuerdo al resultado de muchos estudios, a través de los cuales se ha descubierto que en los mercados más pequeños, la protección al inversionista es más pobre.⁵³ De esta forma, la masiva implementación de un Gobierno Corporativo, se vuelve en una condición indispensable para lograr un sano desarrollo del mercado.

⁵¹ Confecámaras, “*Importancia de Buenas Prácticas de GC*”, Texto completo en: http://www.kpmg.com.co/files/documen_corp_gov/release/lb_c3_01.htm, fecha de consulta: 23 de noviembre de 2010.

⁵² IBIDEM, Pág. 1, cursiva fuera de texto.

⁵³ IBIDEM.

Desde este punto de vista, el Gobierno Corporativo se puede ver como un “(...) *compromiso adquirido por el sector privado para impulsar el desarrollo económico de los países en vía de desarrollo, mediante el restablecimiento de la confianza en las empresas (...)*”⁵⁴

Ahora bien, desde el punto de vista de los beneficios a nivel interno de la empresa, me parece pertinente mencionar los que se han comprobado por Confecámaras, después de haber realizado un estudio riguroso,⁵⁵ a saber:

- Reducción del Costo de Capital

Se entiende por costo de capital “(...) *las diferentes fuentes de financiación empleadas por ella, ponderado por la importancia relativa de cada fuente de financiación en el total de recursos financieros empleados.*”⁵⁶

Como hemos explicado anteriormente, la utilización de un Código de Gobierno Societario, brinda seguridad tanto como a los inversionistas como a los proveedores. Esto genera como consecuencia, que los bancos, ante la ausencia de un Gobierno Corporativo, vean latente el crecimiento del riesgo en el momento de invertir para recuperar su inversión y generar

⁵⁴ Cano Morales , A.M. y otros: "El gobierno corporativo y su influencia en el ambiente económico colombiano" en Observatorio de la Economía Latinoamericana N° 33, octubre 2004. Texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/co/>

⁵⁵ Los beneficios enunciados por Confecámaras se pueden encontrar en: http://www.kpmg.com.co/files/documen_corp_gov/release/lb_c3_02.htm, fecha de consulta: 24 de noviembre de 2010.

⁵⁶ IBIDEM, Página 1.

rendimientos, lo que conlleva, que la empresa, tenga que invertir mucho más dinero, con el fin de atraer capital.

En los países, donde los bancos vean que el mercado es más estable, por estar controlado por un Gobierno Corporativo, en el cual se monitorea la utilización adecuada de los recursos por parte de los gerentes y los dueños, los bancos estarán más dispuestos a invertir sin exigir mayor prueba de rendimientos y a un costo de capital menor.⁵⁷

- Aumento a la eficiencia operacional de las empresas

El Gobierno Corporativo sirve como mecanismo para controlar que los gerentes inviertan los grandes flujos de caja, en negocios importantes. Así mismo, permite que la Junta Directiva, monitoree de manera constante a los gerentes, logrando una mejor eficiencia empresarial.⁵⁸

- Facilita el funcionamiento de las empresas de familia

La implementación de un Código Societario, permite que las empresas de familia, cuya administración se encuentra delegada, puedan mantener un mejor control sobre los costos a los cuales incurre el gerente, (costos de agencia). Así mismo sirve para que la familia, a largo plazo, continúe con el control de la gerencia, preparándose para el cambio generacional. No siempre los herederos van a tener la misma habilidad para los negocios que el fundador, caso en el cual se debe separar mediante un Protocolo de

⁵⁷ IBIDEM, Página. 1.

⁵⁸ IBIDEM, Página: 4.

Familia, la administración de la propiedad, con el fin de salvaguardar la vida de la empresa.⁵⁹

A pesar de los grandes beneficios anteriormente expuestos, la implementación del Gobierno Corporativo ha sido criticada por algunos empresarios, debido a los grandes costos que su utilización puede acarrear.

Así lo determina el periódico “The Wall Street Journal”⁶⁰, tras un estudio realizado en los Estados Unidos en el 2004, afirmando que el costo real no está basado únicamente en los costos que la implementación del Gobierno Corporativo pueda traer, sino también en el tiempo que las empresas deben dedicar para cumplir una nuevas reglas, en vez de centrarse en el negocio principal. Así, las empresas reportan un alza del 30% en los costos de auditoría, gastos en diseños de software, diseño de sistemas, etc., que según algunos, supera los beneficios que la herramienta pueda traer.⁶¹

Como consecuencia de lo anterior, se genera una gran preocupación por las pequeñas y medianas empresas, toda vez, que los costos excesivos podrían llevarlas a su liquidación total. La encuesta “Financial Executives International” comprobó que en las empresas de estos tamaños, los beneficios de un Gobierno Corporativo, superan a los costos anteriormente señalados, en cuanto que su

⁵⁹ IBIDEM, Pág. 6.

⁶⁰ Solomon, Deborah and Bryan – Low Cassel, “*Companies Complain About Cost of Corporate Governance Rules*”, The Wall Street Journal, fecha de publicación: 10 de febrero de 2004, http://online.wsj.com/ad/article/ironmountain/SB107636732884524922.html?mod=sponsored_by_ironmountain, fecha de consulta: 30 de enero de 2011.

⁶¹ IBIDEM.

implementación reduce de manera notoria los niveles de corrupción, que en estas empresas suelen presentarse.

En una investigación realizada por la Universidad de Medellín⁶², se concluyó que las medianas y pequeñas empresas no deben abstenerse de implementar un Gobierno Corporativo por los costos que este implica. De lo contrario, se recomienda hacer un llamado al empresario a ajustar las medidas a la posibilidad financiera de su empresa y crear las necesarias para cumplir con el principal objetivo: atraer inversionistas y asegurar el manejo transparente de la sociedad.

Como se dijo anteriormente, los costos directos son aquellos que se derivan de las medidas que se decidan implementar en un Gobierno Corporativo al interior de una empresa; es decir, si por ejemplo, una empresa decide abrir una oficina de control interno con el fin de disminuir los riesgos de fraude que se puedan derivar de la gestión financiera que se encuentra para el momento en cabeza de un grupo muy pequeño de personas, se debe tener en cuenta el valor que acarrea ocupar un espacio físico especial para esta oficina, el salario de estos nuevos funcionarios, el valor del tiempo utilizado por estos trabajadores cuando ejercen dicho control o el valor del tiempo empleado por otros funcionarios para cumplir con los procedimientos, a veces largos y dispendiosos, que seguramente les exigirá cumplir la nueva oficina de control interno.

⁶² Cano Morales , A.M. y otros: "*El gobierno corporativo y su influencia en el ambiente económico colombiano*" en Observatorio de la Economía Latinoamericana N° 33, octubre 2004. Texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/co/>

Uno de los costos más controvertidos que hay que tener presentes son los costos de agencia. Estos costos son los que se generan cuando los dueños de una empresa deciden separar la propiedad de la administración, y contratan a un agente dotándolo de autoridad suficiente para desarrollar un servicio: la administración de la sociedad.

Se debe entender por agente “(...) *la persona en que el mandatario delega competencias de decisión y ejecución, determinándose dicha relación por condiciones de reparto asimétrico de información y de incertidumbre así como por distinto reparto de riesgos.*”⁶³

Por costos de agencia se debe entender entonces, “(...) *la suma de los costos de inspección de los accionistas y el costo del incentivo que se paga a los gerentes de la empresa para que maximicen la riqueza a obtener por los accionistas.*”⁶⁴

En este caso específico, el contrato de agencia, lleva consigo varios costos: entre ellos podemos nombrar los costos que identifica la Escuela de Derecho Económico⁶⁵:

⁶³ Chamberlain. Katherine y Borbón. Desvern., Universidad Tecnológica de Santiago UTESA, Escuela de Graduados, “*La Teoría de la Agencia y su Aplicación a las Empresas Familiares en la Ciudad de Santiago de los Caballeros, República Dominicana*”, www.GestioPolis.com, Diciembre de 2007.

⁶⁴ Vasquez. Alfredo, ARQ. L., Rodríguez Mosquera. Enrique., “*Finanzas para la Construcción*”, Capítulo 01: Finanzas Corporativas, Universidad Nacional de Ingeniería, <http://www.slideshare.net/enrique.rodriguez.m/capitulo-01>, fecha de consulta: 19 de marzo de 2011.

⁶⁵ Paolantonio. Martín Esteban, “*La Retribución de los Directores y El Análisis Económico del Derecho: Reflexiones sobre el caso de las sociedades abiertas*”, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1066&context=martin_paolantonio, fecha de consulta: 3 de marzo de 2011, (el planteo original corresponde a JENSEN, Michael y MECKLING, William, Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure, en Journal of Financial Economics, 1976).

- Los que se derivan de la supervisión sobre ejercicio de las funciones del administrador.
- Los que garantizan que se va a desarrollar una conducta leal.
- Aquellos casos en los cuales los costos de evitar las actuaciones negligentes de los administradores, superan el costo que acarrea la actuación negligente como tal.

El profesor Walter Spagnolo⁶⁶ afirma que la mayoría de costos de agencia son indirectos y difíciles de identificar; expone como ejemplo el caso en que un accionista quiera invertir en un negocio y le consulta sobre éste al gerente que tiene contratado. El concepto del agente en la mayoría de casos será negativo, ya que si se enmarca dicho negocio como de alto riesgo, posiblemente temerá perder su puesto ante la generación de pérdidas en ese proyecto.⁶⁷

Así mismo, se deben tener en cuenta los costos de agencia en que se incurrirían en el caso dado de no contar con buenas prácticas de Gobierno Corporativo, a saber abuso del poder o negligencia por parte de los administradores para beneficio propio, manifestado en un sin número de situaciones, tales como⁶⁸.

- Gastos innecesarios
- Contratación a precios por encima del mercado

⁶⁶ Senior costos, presupuesto y control de gestión en Petro Andina Resources, Argentina.

⁶⁷ Spagnolo. Walter., “*Fundamentos y principios de las Finanzas*”, Universidad del Cema, Argentina, http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:5l8w1ajPpugJ:www.ucema.edu.ar/~wfs04/class_notes/Fundamentos_clase_I.ppt+costos+de+agencia&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEESjvkToS_mGL9xX7aaEVaMBiReGFefc4aHh17ZFdpZNKb1cx5ZOcFcd4ij8HepdId5VcYpJspUH1D3oYdd_uSUrcJiyC1jdMDjYGEDTFlnB5HOJKLjozwZo1x2wm_rHG3VgTmXr&sig=AHIEtbR7tOjb-Q9xLISj09-xdfmMupOSSQ, fecha de consulta: 20 de marzo de 2011.

⁶⁸ Martínez., Conrado Javier., “*Costos de agencia: de las finanzas a la política*”, Universidad de Palermo, Center for Business Research and Studies, Graduate School of Business, diciembre de 2006, http://www.palermo.edu/economicas/pdf_economicas/cbrs/cbrs_viejos/UPCBRS_costos_agencia_politica.pdf, fecha de consulta: 30 de marzo de 2011.

- Conflicto de intereses con los altos ejecutivos por no permitir de manera fácil su ascenso.
- Realización de negocios de alto riesgo.

Sobre todos los costos anteriormente descritos, cabe preguntarse ¿cuál es el móvil o motivo que lleva a los dueños de una empresa a contratar a un agente si por medio de esta decisión se generan un sin número de costos adicionales para la empresa?

La primera respuesta a este interrogante es que el agente es contratado con el fin de aprovechar su conocimiento para lograr las metas de la organización, pues el éxito de una empresa en determinada etapa de su crecimiento depende del personal capacitado que se contrate.

A pesar de los costos de agencia, las empresas de familia se ven altamente beneficiadas al separar la propiedad de la administración en los siguientes eventos:

- Cuando su fundador decide retirarse o se abre un proceso de sucesión. En este evento, la delegación de la administración a un tercero se hace útil en el momento que ningún miembro de la familia o de los herederos no tengan intereses comunes al del fundador, o no estén capacitados lo suficientemente para continuar con la gerencia de la empresa. Un alto porcentaje de fundadores admiten su preferencia de vender o liquidar la empresa antes de contratar un profesional externo a la familia para este

cargo,⁶⁹ olvidando que la premisa fundamental sobre la cual deben tomar sus decisiones es mantener la vida y la propiedad de la compañía.

- El segundo evento se presenta cuando el gerente, miembro de la familia, si bien se encontraba capacitado en un momento determinado para administrar la compañía, ya no cuenta con los conocimientos suficientes para enfrentarse a las nuevas exigencias del mercado. Las nuevas ideas y el conocimiento actualizado son indispensables para mantener la competitividad de la empresa. Esta situación ocurre en cada momento así el gerente no pertenezca a la familia; ser un miembro de ella no debe ser un impedimento para delegar la administración en otra persona, bien sea a otro miembro familiar o a un tercero.
- La tercera situación ocurre cuando en el cambio generacional se identifican conflictos de intereses entre los herederos. Dichos conflictos son muy comunes por competitividad y/o envidias entre hermanos o primos. Es por esta razón que el 50% de las empresas desaparecen en el cambio entre la 1ª y la 2ª generación y menos del 5% pasan a la 3ª.⁷⁰
Como se dijo, las decisiones deben tomar alrededor de salvaguardar la vida de la sociedad, por lo que una solución eficaz a este conflicto es delegar la gerencia en un tercero, separando la propiedad de la administración.
- El cuarto caso se presenta cuando la empresa siente la necesidad y tiene la oportunidad de seguir creciendo, para lo cual la atracción a nuevos inversionistas se hace necesaria. En este caso se hace evidente que un

⁶⁹ Cámara de Comercio, “9º Foro de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas”, 4 de noviembre de 2010.

⁷⁰ IBIDEM.

inversionista externo a la familia, no se va a sentir seguro de invertir en una empresa, cuya administración, propiedad y control se encuentren en cabeza de un mismo grupo familiar, pues su permanencia en la empresa se puede sentir vulnerable. Dicho esto, una separación entre la propiedad y administración, puede ser vista como una garantía de atracción de capital para la sociedad.

Cabe aclarar, que todas estas recomendaciones son válidas, siempre y cuando se identifique a tiempo que la compañía necesita dar este paso; paso que seguramente será el más desafiante tanto como para la familia como para la empresa.

A manera definitiva, es necesario tomar consciencia sobre la inexistencia de una fórmula perfecta para evitar problemas al interior de una compañía. Sin embargo, la óptima implementación de un Gobierno Corporativo es la mejor forma que hasta el día de hoy se conoce; entendiendo como óptimo aquél balance que se debe encontrar frente a los costos de un acatamiento estricto y los beneficios que el mismo pueda traer.⁷¹

⁷¹ Ver The Aspen Institute, “*A closer Look at Business Education: CORPORATE GOVERNANCE*”, fecha de consulta: 30 de enero de 2011.

v. **¿Debe ser la implementación de un Código de Buen Gobierno Corporativo obligatoria?**

En este capítulo se pretende analizar la forma en que el Gobierno Corporativo se debería desenvolver bajo el Estado Social de Derecho, ponderando para dicho efecto, el principio de la autonomía de la voluntad versus el interés general. Así mismo se estudiará la costumbre mercantil como forma de volver un Código de Buen Gobierno obligatorio.

Algunos analistas, afirman que el Gobierno Corporativo es una herramienta indispensable para generar seguridad a los inversionistas y grupos de interés, fortaleciendo la competitividad de las empresas en un país.⁷² El principio de transparencia y el establecimiento de directrices o normas en cada empresa, hace que el mercado nacional se prepare para el inevitable fenómeno de la globalización, estando los mercados bursátiles, acorde a los criterios mundiales de intercambio de bienes y servicios y en armonía con los diferentes sistemas económicos y normativos.⁷³

Como se mencionó en los antecedentes históricos, las últimas crisis económicas presentadas a nivel mundial, se han generado en gran parte por la violación del principio de transparencia en la contabilidad al interior de las empresas; con la promoción de un Buen Gobierno Societario, se podría disminuir la probabilidad de que vuelva a ocurrir una de estas tragedias.⁷⁴

⁷² Confecamaras, Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá, “*Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia*”, septiembre de 2009, pagina. 7.

⁷³ Ver Cano Morales , A.M. y otros: “*El gobierno corporativo y su influencia en el ambiente económico colombiano*” .

⁷⁴ IBIDEM.

De acuerdo a lo anteriormente planteado, es inevitable afirmar, que el buen uso de un Gobierno Corporativo en las diferentes sociedades, se encuentra directamente relacionado con la economía de un país, y en este sentido cabe preguntarse si en virtud del interés general y del Estado Social de Derecho, debería obligarse a las empresas a incorporar un Código de esta clase.

En el caso Colombiano, es importante aclarar, que para las sociedades abiertas o inscritas en bolsa, la circular 056 de 2007, obliga a las dichas empresas a “(...) *diligenciar y remitir la encuesta mediante la cual se da a conocer al mercado de valores la adopción de las recomendaciones del Código de Mejores Prácticas Corporativas de Colombia.*”⁷⁵ En esta circular, se deja claro que el diligenciamiento de la encuesta no constituye la obligación de implementar en estricto sentido el llamado “Código País”⁷⁶; su única obligación es tramitar la encuesta con el objetivo de revelar de forma general si las prácticas de Gobierno Corporativo se han implementado, y si se han adoptado o no las recomendaciones del Código País.⁷⁷

De lo contrario, en las sociedades cerradas, llenar este tipo de información no es obligatorio, en cuanto que para este tipo de empresas la forma de implementación del Gobierno Corporativo es totalmente voluntaria.

⁷⁵ Superintendencia Financiera de Colombia, Circular 056 de 2007.

⁷⁶ Superintendencia Financiera de Colombia, Circular externa 056 de 2007, llama al “Código de mejores Prácticas Corporativas de Colombia” como “Código País”.

⁷⁷ IBIDEM.

Ahora bien, ¿qué tan apropiado es dejar al libre albedrío de las sociedades cerradas la decisión de incorporar un Código de esta clase, teniendo en cuenta que la economía colombiana está compuesta por sociedades cerradas? el sector financiero: 60%; el sector real: 70%, y más del 60%⁷⁸ son sociedades de familia?

En mi opinión, dicha pregunta se puede resolver remitiéndose a la Constitución Política de Colombia: a saber, el art. 333 C.P.⁷⁹ establece que tanto como la actividad económica como la iniciativa privada son libres, siempre y cuando se encuentren enmarcadas dentro del bien común. De esta forma, nuestra Constitución deja en manos de la autorregulación privada la forma de ejercer la actividad económica, que en últimas es la manifestación del principio de la libertad individual como una “(...) actividad que surge de la iniciativa de los particulares y de la autonomía de la voluntad de establecer libremente reglas para el desarrollo de sus actividades dentro del marco legal.”⁸⁰

La Corte Constitucional, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, sobre la libertad de empresa y la intervención del Estado en la economía, afirmando que la libertad de empresa se debe entender como “(...) aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente

⁷⁸ Ver Confecamaras, Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá, “*Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia*”, pagina. 7.

⁷⁹ Art. 333 C.P. “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

⁸⁰ Simposio Nacional de Derecho, http://www.slidefinder.net/L/AUTOREGULACION_Y_EL_BUEN_GOBIERNO_CORPORATIVO/SIMPOSIO_NACIONAL_DERECHO/975796, fecha de consulta: 16 de octubre de 2010, cursiva fuera de texto.

de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vista a la obtención de un beneficio o ganancia.”⁸¹ Aclara que dicha libertad no ha sido entendida por nuestra Carta como un derecho fundamental, ni mucho menos como un derecho absoluto, en cuanto que se debe enmarcar dentro de los límites del “ (...) interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”.⁸²

En cuanto a la intervención del Estado en la economía, repite la Corte, que su facultad de intervención se encuentra enmarcada para salvaguardar los límites anteriormente expuestos, y explica a manera de ejemplo⁸³ que dicha facultad no se puede extender hasta el punto de “(...) interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada.”⁸⁴

Cabe aclarar, que no existe jurisprudencia alguna que se refiera a este tema en específico. Este hecho, permite concluir que hasta el día de hoy, no se han presentado casos relevantes de disputa, mediante los cuales se le permita a las Cortes pronunciarse sobre el tema.

⁸¹ Corte Constitucional de Colombia, C-486/09, M.P María Victoria Calle Correa.

⁸² IBIDEM.

⁸³ La Corte en la misma sentencia expone esta situación a manera de ejemplo, debido a que el problema jurídico principal que se pone en cuestión en la sentencia, es la intervención del Estado en las empresas en cuanto a la regulación del medio ambiente.

⁸⁴ IBIDEM.

Desde este punto de vista, y siguiendo la línea general de la Corte sobre la intervención del Estado en la economía, es posible inferir que la posición frente al tema, en cuanto a este tipo de políticas en el ámbito privado, no es intervencionista, pues además de dejar claro que la libertad de empresa no constituye un derecho fundamental, estima que el Estado no debe intervenir en el manejo interno de una empresa, lo que, implica dejar al libre albedrío de las mismas, la decisión de utilizar un Código de Buen Gobierno Corporativo.

Así mismo, es importante mencionar, a manera de conclusión, la posición de Doctor Andrés Córdoba Acosta⁸⁵ quien afirma que en la realidad no hemos podido alcanzar el verdadero Estado Social de Derecho, pues a su manera de ver, además de un cambio de consciencia de los creadores y destinatarios, se requiere una armonización de las normas con la economía; el artículo 333 C.P. olvida mencionar la empresa como función social, “(...) *que no existe una interpretación y elaboración del derecho privado acorde con los derechos fundamentales enlistados en la Carta Política. Nuestro derecho privado, salvo algunas excepciones, se encuentra todavía anclado al paradigma liberal clásico, sin que en el medio académico, se haya tomado consciencia, de la importancia de la ruptura que ocurrió en 1991.*”⁸⁶

Ahora bien, cabe preguntarse de qué forma debe volverse vinculante un Gobierno Corporativo.

⁸⁵ Córdoba Acosta Andrés, “*El Gobierno de la Empresa y el Derecho*”. Revista de Derecho PRIVADO, Universidad Externado de Colombia, numero 5, Enero 2000/Junio 2000.

⁸⁶ IBIDEM, Página 54.

Para la CAF, las medidas implementadas en el Gobierno Corporativo deben ser parte de los estatutos de la sociedad, toda vez que se relacionan con la constitución de la empresa, su organización y funcionamiento. Así mismo se aclara, que en algunos países, y entre esos se debe incluir Colombia, los estatutos de una sociedad, entendidos como el documento de mayor trascendencia, deben ser inscritos en la oficina pública de Registros Mercantiles, con el fin de otorgarle publicidad y oponibilidad.⁸⁷ Como ventaja se debe observar, que al introducir las reglas de Gobierno Corporativo en los estatutos de una sociedad, y ser éstos a su vez registrados, la publicidad y oponibilidad contra terceros de dicho pacto se dará con mayor facilidad.

La aplicabilidad de los “Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo”, debe ser voluntaria. No obstante, se pretende que su utilización se convierta en costumbre, hasta tal punto que su exigencia sea indispensable en el sector empresarial. Esta recomendación la emite la CAF, teniendo en cuenta que antes de imponer una norma con fuerza vinculante que obligue a las sociedades a crear un Gobierno Corporativo, se deben analizar los costos y beneficios que le generen a la empresa, de tal forma que la norma no desencadene consecuencias negativas, como lo sería que los costos fueran mayores a las ganancias. Así mismo, no se pretende que los “Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo”, modifiquen el régimen aplicable en cada uno de los países; sin embargo, se invita a los mismos a discutir el proceso dinámico e irreversible que están sufriendo estos códigos, con el fin de que se intente crear

⁸⁷ García, Enrique. Corporación Andina de Fomento, CAF. “*Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo*”, abril de 2005, pág. 14.

una legislación común para los países de la CAN, que garantice como mínimo los derechos de los acreedores.⁸⁸

Ahora bien, cabe preguntarse si el propósito de la CAF de convertir el Gobierno Corporativo en una costumbre mercantil obligatoria, se refiere a la implementación de esta clase de Código como tal, sin especificar el contenido exacto que debe tener, o si de lo contrario, se refiere a la incorporación vinculante mediante costumbre de cada una de las medidas que la misma institución recomienda. El anterior cuestionamiento es indispensable, pues existen dos posibilidades sobre el contenido que podría tener la norma. La primera posibilidad sería obligar a las sociedades cerradas a tener un Gobierno Corporativo; dicha obligación se entendería cumplida con el solo hecho de tenerlo, sin importar ni su contenido, ni su forma de implementación. De lo contrario, la segunda posibilidad, regularía la forma exacta, o por lo menos las medidas mínimas, que debería tener este Código.

Ahora bien, desde el punto de vista de la legislación colombiana, se considera “(...) costumbre mercantil (...) el conjunto de prácticas que se repiten y aplican reiteradamente por una colectividad de personas frente a un hecho o tema determinado, que adquiere obligatoriedad por el hecho mismo de ser una norma creada para usos sociales, siempre que estas no sean contrarias a la ley y se ejecuten reiterada, pública y uniformemente.”⁸⁹

⁸⁸ IBIDEM, Pág. 10.

⁸⁹ Cámara de Comercio, <http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?catID=193&conID=293>, fecha de consulta: 25 de mayo de 2012.

La anterior definición se da como consecuencia de los requisitos que exige el Código de Comercio, los cuales serán analizados de manera específica respecto de la implementación de un Gobierno Corporativo.

- Uniformidad: en virtud de este requisito se debe analizar si la práctica es ejercida de manera igual frente al mismo hecho. En este caso, se debe entender como práctica tanto como la implementación del Gobierno Corporativo en general, como la ejecución de cada una de las medidas individualmente consideradas y contenidas en él; como hecho, se debe considerar la simple constitución de la sociedad.

Ahora bien, ¿qué porcentaje de las sociedades cerradas deben implementar un Gobierno Corporativo para que la práctica se considere uniforme? La respuesta no es aún clara. Sin embargo, en un estudio realizado por la Cámara de Comercio de Bogotá para certificar el monto de comisión que se le debe pagar a un intermediario de una compra venta en zona urbana se afirma que la estadística debe arrojar un porcentaje superior al 70%.⁹⁰

En el caso de las sociedades cerradas que utilizan un Gobierno Corporativo existe un estudio realizado por la Cámara de Comercio de Bogotá, en el cual se mencionan estadísticas sobre las medidas implementadas al interior de estos códigos.⁹¹ A través de éste, se puede concluir que el porcentaje sobre la implementación de las medidas recomendadas por la Cámara de Comercio es menor al 70%; inclusive,

⁹⁰http://contenido.metrocuadrado.com/contenidom2/compyventa_m2/guiaparvend_m2/archivoguaparavender/ARCHIVO/ARCHIVO-2766188-0.pdf, fecha de consulta: 05 de mayo de 2011.

⁹¹ Cámara de Comercio de Bogotá, “*El Gobierno Corporativo de las sociedades de Familia*”.

muchos de ellos no alcanzan ni al 25%. A manera de ejemplo, en el año 2010 las empresas respondieron a la pregunta: ¿existe un protocolo de familia? el 92% de las empresas encuestadas contestaron que no contaban con un protocolo de esta clase.⁹²

En definitiva, no es posible afirmar que hoy en día exista una práctica uniforme respecto de la implementación de un Gobierno Corporativo. Aún falta mucho trayecto que recorrer, pues los porcentajes dados por la Cámara de Comercio, no son lo suficientemente altos para afirmar que los comerciantes hayan creado una nueva costumbre mercantil.

- Reiteración: la vocación del Gobierno Corporativo al interior de una empresa es sin duda permanente. Su aplicación en ningún caso debe ser transitoria u ocasional. Sin embargo, modificaciones a su contenido que se acomoden a las necesidades y circunstancias de la compañía deben ser permitidas. Sobre este punto, cabe aclarar que uno de los riesgos que se corre al interior de las empresas es redactar un Código de Buen Gobierno sin ejecutarlo. Diferentes sociedades han confesado tener uno sin haberlo utilizado. Es por esta razón, que dos de las medidas más importantes que se deben incorporar son la publicidad del Código, con el fin de que se tenga pleno conocimiento sobre su existencia, y métodos de evaluación sobre el grado de su cumplimiento.⁹³

⁹² IBIDEM, Pág. 41. La encuesta fue realizada sobre 4.209 empresas de familia domiciliadas en Bogotá que aportaron información a la Superintendencia de Sociedades.

⁹³ Confecámaras, “*Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas*”.

- Publicidad: la publicidad se hace muy importante en este tipo de instrumento, toda vez que mediante su publicación se asegura que los grupos de interés e inversionistas tengan conocimiento de su existencia y sientan la seguridad de poder invertir en la empresa. De igual forma, el documento debe ser conocido por cada uno de los socios y órganos sociales; de esta forma se impulsará su efectiva aplicación.
- Legalidad: la incorporación de las buenas prácticas debe ser implementada con la voluntad de los socios y de acuerdo a la Constitución y a las leyes. Lo mismo se predica de cada una de las medidas establecidas en el Código.
- Como requisito adicional se debe analizar el de “*la opinio juris*”, entendido como el elemento subjetivo de la costumbre, es decir, la consciencia de la persona que la ejerce de encontrarse frente a una norma imperativa que reconoce derechos e impone obligaciones.⁹⁴

La manifestación de la voluntad de los socios de encontrarse frente a una norma vinculante, es indispensable para la validez del Gobierno Corporativo, lo cual hace reflexionar sobre la perdurabilidad del mismo frente a la entrada de un nuevo socio o un cambio de brecha generacional. Es así como se debe tener especial cuidado frente a normas de rango fundamental, tal como sucede con el pacto de arbitraje como forma de solución de controversias. Mediante sentencia C-242 de

⁹⁴ Toledo Tapia. Fernando Enrique, “*La Opinio Juris como Elemento Psicológico de la Costumbre*”, Revista Chilena de Derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 17, N° 3, 1990, pág. 483

1997, la Corte Constitucional afirmó que “(...) “son las partes” las únicas que pueden investir transitoriamente y en cada caso específico a los particulares, a fin de que sirvan de árbitros para que decidan en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

La anterior reflexión la realiza la Corte en virtud del mandato Constitucional del Art. 229, el cual protege el acceso de las personas a la administración de justicia.

De esta forma, la medida en un Código de Gobierno que pacte como forma de solución de controversias el arbitraje, no se podrá declarar costumbre mercantil, pues teniendo en cuenta que la norma consuetudinaria tiene el mismo peso que la ley supletiva comercial, se estaría sin duda violando un mandato de mayor rango.

Por otra parte, se podría presentar la situación de declararse como norma consuetudinaria, una medida que derogue total o parcialmente una ley comercial supletiva. Dicho caso se presentaría frente a la recomendación en las sociedades cerradas de tener una junta directiva a pesar de que el Código de Comercio obligue únicamente a tener este órgano a las sociedades anónimas. En este caso la regla adecuada a aplicarse es la establecida en el art. 2º ley 153 de 1887, el cual reza que “la ley posterior prevalece sobre la ley anterior (...)”.

Frente al análisis de los requisitos anteriormente expuestos, se puede recomendar que de llegarse a declarar el Gobierno Corporativo como costumbre mercantil, se debe hacer de manera general y no regulando su contenido, toda vez que la flexibilidad en cuanto a la modificación del documento es

indispensable para que las empresas puedan adaptarlo a sus propias necesidades teniendo en cuenta entre otras cosas, el balance entre costos y beneficios de la ejecución de cada una de las medidas. En consecuencia, la CAF hasta el día de hoy deja claro que cada empresa es libre de adoptar el Gobierno Societario que más se adecúe a sus necesidades, aunque en caso dado de escoger tomar las medidas recomendadas por esta institución, el documento de los “Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo” debe ser asumido íntegramente, justificando de manera expresa, la razón por la cual se decidiría apartarse de alguna de las medidas.⁹⁵

⁹⁵ IBIDEM, Pág. 10-11.

b. Capítulo II: Los Protocolos de Familia

En la actualidad, cada uno de los pasos que se dan en la evolución de los sistemas societarios, no sólo a nivel local, sino también mundial, van marcando la relevancia de las empresas de familia, y cómo estas, partiendo de la célula máxima de la asociación humana son enaltecidas frente a la necesidad de la ejecución de negocios.

Sin embargo, no es la anterior la única razón por la cual se ha dado la consolidación de esta figura, también han influido diversos factores jurídicos y económicos que la han moldeado hasta hoy. Así, podemos partir, de manera incipiente de la voluntad del “Padre de Familia” de iniciar una actividad comercial para proveer a aquellos que dependían de él. Si la idea resultaba fructífera y trascendía en el tiempo, inevitablemente frente al acaecimiento de un hecho jurídico como la muerte, sus sucesores habrían de continuar con su legado mercantil, encontrándose con un modelo societario especialísimo y con características que lo diferencian de los demás.

Desde este punto de vista, la Cámara de Comercio de Bogotá⁹⁶ ha definido como rasgos fundamentales y distintivos de las sociedades de familia los siguientes: *“la forma de la toma de decisiones, el mayor compromiso de los familiares vinculados a la sociedad, la identidad de intereses entre la administración y los asociados, el tránsito intergeneracional”*⁹⁷, entre otras.

⁹⁶ Ver: Cámara de Comercio de Bogotá, *“El Gobierno Corporativo de las sociedades de familia en Bogotá”*.

⁹⁷ IBIDEM.

A pesar de lo anterior, se debe resaltar que a pesar de la trascendencia de la figura, al interior de nuestra legislación no se encuentra una definición de sociedades de familia. No obstante, la Superintendencia de Sociedades, a través de un Concepto la definió de la siguiente forma: *“El carácter familiar de una sociedad se establece con base en dos requisitos, el primero la existencia de un control económico, financiero o administrativo y el segundo que dicho control sea ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil. En este orden de ideas, para que una sociedad tenga el carácter de familia debe existir entre dos o más socios un parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado (padre, madre, hijos y hermanos) o único civil (padre, o madre adoptante o hijo adoptivo), o estar unidos entre sí matrimonialmente, siempre y cuando los socios así relacionados, ejerzan sobre la sociedad un control económico, financiero o administrativo. Una sociedad se reputaría de familia, siempre que el vínculo existente entre las personas naturales que son en común accionistas de otra sociedad suponga que las mismas están unidas entre sí por matrimonio, sean parientes consanguíneos hasta el segundo grado o único civil, y que además, éstas ejerzan un control económico, financiero o administrativo sobre la sociedad.”*⁹⁸

De acuerdo a la importancia que representan las sociedades de familia en nuestra sociedad, existe una necesidad de fortalecer su gestión y promover la sostenibilidad y desarrollo de la empresa. La forma más adecuada que hoy en día se conoce para lograr que este tipo de sociedades sean empresas con futuro, es la creación de un Protocolo de Familia, el cual se encarga de prever los posibles conflictos que se puedan generar al

⁹⁸ Superintendencia de Sociedades, *“Concepto 220-038624 de junio 27 de 2010”*, Texto Completo en: <http://www.confecamaras.org.co/Documentos/con1834INT.pdf>, Fecha de Consulta: 7 de Mayo de 2011.

interior de la familia, estableciendo una organización en la toma de decisiones y proponiendo mecanismos de solución de controversias. Su principal función será entonces, asegurar el equilibrio entre los intereses de la familia y los de la empresa.⁹⁹

Los conflictos más comunes que suelen presentarse al interior de estas empresas y que deben ser evaluados en el momento de crear el Protocolo de Familia son¹⁰⁰:

- Dificultades en el momento de distinguir las relaciones familiares y las empresariales: esta problemática se encuentra relacionada con la forma en que se gobierna la empresa. Cuando la propiedad y la dirección se encuentra en cabeza de una sola persona, inmediatamente se encuentran debilidades en la gestión del control.¹⁰¹

El peor error que se puede cometer en este tipo de empresas es confundir las relaciones familiares con las empresariales. Es así como en reiterados casos los hijos que empiezan a trabajar con sus padres¹⁰², responden a las órdenes como hijos y no como empleados, lo que conlleva a que en ningún momento sientan la amenaza de poder ser despedidos y se les olvide que como trabajadores deben seguir preparándose para que cada día le puedan aportar mejor conocimiento a la empresa. Por esta razón, distintos autores empiezan a hablar de la importancia de la “profesionalización de la empresa”, mediante la cual el otorgamiento de un determinado cargo no debe estar basado principalmente en las

⁹⁹ Empresas de Familia, Estrategias de Éxito y Permanencia. “*Cuando la empresa familiar es un conglomerado: retos particulares y problemática multijurisdiccional*” pag. 106.

¹⁰⁰ Ver: Confecámaras: 9º foro de Gobierno Corporativo.

¹⁰¹ Santiago Doderó, “Informalidad dificulta las empresas familiares”, <http://co.globedia.com/informalidad-dificulta-empresas-familiares>

¹⁰² IBIDEM.

relaciones familiares, sino en las capacidades de la persona quien lo va a ocupar para ejercer la labor encomendada.¹⁰³ Vale aclarar, que en ningún momento se trata de desmeritar el trabajo de un miembro familiar, pues este puede ser igual de profesional a un miembro externo. En caso de empate entre un miembro de la familia y uno externo, debe primar el miembro de la familia, ya que ante todo se está hablando de la supervivencia en el tiempo de la empresa de familia y no de una transformación paulatina de la sociedad.

Otra dificultad que se presenta en la toma de decisiones es el relacionado con el manejo del dinero. Usualmente, el criterio de reparto está en cabeza de una sola persona: el fundador, quien se va a ver en conflicto en el momento de tener que tomar la decisión si utilizar los recursos de la empresa para atender una necesidad familiar, enfrentándose a un conflicto de valores entre la familia y la empresa. La solución a este problema debe ser radical: el uso de los fondos de la empresa para atender problemas personales debe quedar prohibido.¹⁰⁴

- Problema durante la transición generacional, bien sea por sucesión o por retiro del fundador.

Este problema es presentado por una mala percepción que le deja el fundador a sus herederos sobre el manejo de la empresa. “El hecho de que el fundador no les va a dejar a sus herederos sencillamente una empresa o un patrimonio; pero sí una serie de responsabilidades,

¹⁰³ Empresas de Familia, Estrategias de Éxito y Permanencia, “Sucesión y continuidad en América Latina”, Bernato Bernhoeft, pág. 52.

¹⁰⁴<http://www.blogs.catholic.net/empresafamiliar/LA%20ETICA%20en%20la%20Empresa%20Familiar.pdf>, fecha de consulta: 09 de mayo de 2011.

derechos y deberes de una sociedad constituida por socios que no tuvieron la libertad de escogerse. Por otro lado, los herederos se preparan con la falsa idea de que van a ser “dueños”, como lo era el fundador, si es que era único. En la mayor parte de las veces se han preparado para ser ejecutivos. No tienen la más mínima idea de lo que es ser socio y toda la complejidad que esto implica.”¹⁰⁵

Así mismo, lo herederos no suelen prepararse para el nuevo reto de enfrentarse a unos nuevos socios que, si bien pueden ser hermanos o primos, no han escogido. Puede presentarse la situación en que uno de los herederos tenga una visión empresarial, haya trabajado durante toda su vida profesional al lado del fundador y conozca de pleno el funcionamiento del negocio; puede también presentarse que los herederos no tengan dicha vocación o encontrarse, todas las variables combinadas. Es así como empiezan a surgir problemas entre ellos, bien sea por competitividad frente a los otros para ocupar el mejor cargo o por desmeritar el trabajo de algunos por sentir que no se encuentran en las mismas condiciones de preparación.¹⁰⁶

De acuerdo a lo anterior, la solución más común a este tipo de conflictos es separar paulatinamente las cuestiones familiares con la gestión de los negocios.¹⁰⁷ El primer paso se da con la delegación de la administración a un tercero externo al núcleo familiar. Sin embargo, con esta solución se suscitan los temas relacionados con los cotos de agencia que

¹⁰⁵ Empresas de Familia, Estrategias de Éxito y Permanencia, “Sucesión y continuidad en América Latina”, Bernato Bernhoeft, Pág. 45.

¹⁰⁶ Confecámaras, 9º Foro de Gobierno Corporativo.

¹⁰⁷ Empresas de Familia, Estrategias de Éxito y Permanencia, “Sucesión y continuidad en América Latina”, Bernato Bernhoeft, pág. 48.

anteriormente se explicaron de manera detallada, que hacen cuestionar al grupo familiar si se justifican o no.

Para recordar, los eventos en las empresas de familia mediante los cuales se recomienda implementar esta medida, a pesar de los costos de agencia que se generan son:

- El momento en que por una sucesión queda el negocio en cabeza de unos herederos a quienes no les interesa cumplir con la gestión del negocio.
- A pesar de seguir vivo el fundador, se empieza a requerir de una persona con un conocimiento actualizado para cumplir con las exigencias de competitividad del mercado.
- Cuando existen conflictos de intereses entre los herederos, que ponen en el peligro la perdurabilidad de la empresa en el tiempo.

El Protocolo de Familia entra a jugar un papel muy importante para lograr la mejor relación entre empresa y familia. Para que dicho protocolo sea un instrumento útil, se hace necesario que cada uno de los miembros de la familia confiese con honestidad cuáles son sus sentimientos respecto de su relación con los otros miembros en los temas relacionados con la gestión de negocios. Se trata de crear un documento particular, que regule y prevea todos los conflictos familiares que se presentan al interior de la compañía.

Por esta razón, Confecámaras recomienda crear dos órganos corporativos que se encarguen de manejar este tipo de asuntos:

- El Consejo de Familia

Este órgano será el encargado de servir como órgano consultivo para la Junta Directiva, debe decidir sobre asuntos que se presenten

alrededor de los miembros de la familia, elegir a los candidatos que hagan parte de la familia y estén en capacidad de trabajar al interior de la empresa, suscribir el protocolo de familia y velar por el cumplimiento del mismo.¹⁰⁸ Este consejo también tendrá la labor de establecer los valores por los cuales se rige el negocio, establecer mecanismo de liquidez para asuntos familiares, establecer un plan de jubilaciones, salarios, etc. En definitiva, establecerá todas las políticas que se encuentren directamente relacionadas con la familia, con el fin de que esta permanezca unida y se creen reglas claras que prevean situaciones futuras.¹⁰⁹

Finalmente, se debe aclarar, que cada miembro familiar debe tener en este Consejo el mismo voto sin importar el porcentaje de propiedad sobre la empresa que tenga.

- Asamblea de Familia

Este órgano será el encargado de elegir a los miembros del Consejo de Familia y servirá de órgano consultivo para los mismos.¹¹⁰

¹⁰⁸ Ver Confecámaras, “*Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia*”, pág. 73.

¹⁰⁹ Ver: Confecámaras, 9º Foro de Gobierno Corporativo.

¹¹⁰ IBIDEM.

3. Conclusiones

- a. El Gobierno Corporativo manifiesta sus primeros orígenes con la creación del concepto de empresa moderna, en la cual se crea la necesidad de regular la comunicación y el control entre los dueños y los administradores, con el fin de salvaguardar los intereses de los primeros.
- b. Sólo se comienza a generar consciencia sobre la importancia de implementar un Código de Buen Gobierno a raíz de los escándalos de corrupción en las grandes compañías Enron, WorldCom y Parmalat que dieron origen a grandes crisis financieras en Estados Unidos y Europa.
- c. Desde el punto de vista Macroeconómico, existe una estrecha relación entre Gobierno Corporativo, desarrollo financiero y crecimiento económico de un país. Esto permite que la implementación de este Código logre un sano desarrollo del mercado.
- d. El Gobierno Corporativo tiene como beneficio otorgar herramientas que facilitan la organización interna de las empresas, lo que permite que desarrollen su objeto social con mayor transparencia y facilidad, evitando todo tipo de conflictos a nivel interno. Así se permite que la compañía se fortalezca y le dé mayor seguridad a los inversionistas.

- e. Se debe tener en cuenta, que la implementación de esta herramienta genera unos costos que deben ser evaluados de manera rigurosa respecto de los beneficios que se puedan capitalizar. De esta forma, se recomienda que cada empresa ajuste las medidas incorporadas a los Códigos de acuerdo con sus necesidades particulares y posibilidades económicas.
- f. Existen determinados eventos en los cuales se recomienda delegar la administración en una Junta Directiva. Sin embargo, es importante identificar el momento exacto en que se debe adelantar este paso, toda vez que con este hecho se generan costos de agencia, los cuales deben ser analizados respecto de los beneficios que pueda traer dicha delegación.
- g. El Legislador y las altas Cortes se han abstenido de pronunciarse sobre el Gobierno Corporativo, dejando al libre albedrío de los empresarios la autorregulación de los temas relacionados con la organización interna de sus empresas de acuerdo a sus necesidades.
- h. Tanto como la CAF, como la OECD y la Cámara de Comercio, recomiendan que la utilización de un Gobierno Corporativo se convierta en costumbre, hasta tal punto que su exigencia se vuelva indispensable en el sector empresarial.
- i. Hasta el día de hoy, no se puede afirmar que exista la costumbre mercantil sobre la implementación de este Código. Aún no se presenta una práctica uniforme, reiterada ni lo suficientemente pública.

- j. En caso de certificarse la implementación de un Código de Buen Gobierno como norma consuetudinaria, se debe atender a la constitucionalidad de la misma, analizando cada una de las medidas que se pretendan declarar como costumbre mercantil.
- k. Las sociedades de Familia deben crear un Protocolo de Familia, mediante el cual se contemplen los eventos en que se puedan suscitar problemas entre sus miembros y plantear mecanismos de solución de controversias.
- l. Se recomienda para las Sociedades de Familia, identificar los eventos exactos en que se genera la necesidad de delegar la administración a pesar de los costos de agencia que se puedan generar.
- m. Se deben crear dos órganos especializados para este tipo de sociedades: un “Consejo de Familia”, que regule los temas que se deben incluir en el Protocolo de Familia y una “Asamblea de Familia” que sirva de órgano consultor del Consejo y elija a los miembros del mismo.

4. ANEXO

Una propuesta sobre las medidas generales y mínimas que se deben implementar en un Código de Buen Gobierno Corporativo.

Este Anexo tiene por objeto establecer y categorizar las medidas mínimas que se deben tener en consideración a la hora de implantar un Código de buen Gobierno Corporativo, con el fin de garantizar un mejor entendimiento al empresario sobre la forma de consolidación de esta herramienta. Es necesario aclarar, que esta lista en ningún momento pretende ser taxativa. De lo contrario, como lo hemos mencionado anteriormente, se recomienda a cada empresa ajustar este documento a sus propias necesidades y capacidad financiera. Así mismo vale anotar, que en este capítulo no se encontrará un recuento sobre los derechos y obligaciones que en la ley ya se establecen; su objetivo se encuentra fundamentado en la recopilación de las recomendaciones sobre Gobierno Corporativo que establece tanto como la Cámara de Comercio, la CAF, y la OECD, con el fin de garantizar un mejor funcionamiento de la empresa.¹¹¹

¹¹¹ Este anexo está basado en su totalidad principalmente por la siguiente bibliografía:

1. Superintendencia de Sociedades, Confecamaras, Cámara de Comercio de Bogotá, “Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia”, septiembre de 2009
2. Principios de Gobierno Corporativo de la OECD, <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf>, Pág. 9, fecha de consulta: 16 de noviembre de 2010
3. Finland Central Chamber of Commerce, “Improving Corporate Governance of Unlisted Companies
4. CAF, “*lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo*”

Regulación del máximo órgano social

En cuanto a la convocatoria

- Aprovechando la evolución de la tecnología se recomienda utilizar medios efectivos, fuera de los previstos en la ley, para convocar a los asociados a las reuniones ordinarias y extraordinarias.
- La citación se debe hacer con anterioridad a los términos establecidos en la ley.
- En el orden del día se debe evitar menciones generales o puntos en bloque, con el fin de evitar que se disperse la conversación de los principales objetivos, o que en el momento de la votación se vote por varios puntos en un bloque.
- Los asociados deben tener la capacidad de introducir puntos en la agenda de las asambleas.¹¹²
- Se debe asignar y nombrar en la citación la forma y la oportunidad en que los asociados pueden realizar el derecho de inspección, delegando una persona de la administración para garantizar este derecho.

Reglamento Interno de funcionamiento

- Establecer límites para que los asociados intervengan en la reunión
- Forma de elección del presidente y el secretario de la reunión, sus derechos y responsabilidades.
- Forma de aprobación del orden del día
- Discutir por separado los temas del orden del día; evitar una votación en bloque de temas.

¹¹² Ver García, Enrique, CAF, “*Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo*”, Pág. 23

- Obligación de verificación del quórum desde el principio de la reunión hasta el final.

Control a la administración

- Verificar el diligenciamiento de las actas de socios
- Controlar la debida aprobación de estados financieros
- Obligar a los administradores a realizar informes de gestión sobre su administración
- Establecer de manera clara y precisa los eventos en que los administradores pueden “(...) expedir, suscribir u otorgar títulos valores de la sociedad a su favor (...)”¹¹³, situaciones en las cuales puedan aprobar su propia remuneración o usar activos de la empresa a su favor.¹¹⁴
- Determinar los casos en los cuales un administrador pueda ser parte de un conflicto de interés.
- Establecer una política de remuneración a los administradores.
- Estimular el buen trabajo
- Vigilar y establecer medidas para mantener la independencia e idoneidad del revisor fiscal.

Derechos de los asociados:

- Recibir oportunamente información sobre la gestión de la administración

¹¹³ Ver Confecámaras, “*Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para sociedades cerradas y de familia*”, pág. 38.

¹¹⁴ IBIDEM.

- Ser protegidos mediante mecanismos efectivos contra la contribución de beneficios a accionistas mayoritarios, y la divulgación privilegiada de la información, y en general “(...) salvaguardar los intereses de aquellos accionistas que por sí solos no tienen la posibilidad de hacer valer su consentimiento.”¹¹⁵
- Celebrar acuerdos entre sí relativos a la forma de ejercer sus derechos.
- Proponer asuntos que, a su consideración, se deban debatir en la Junta Directiva.¹¹⁶
- “Conocer el plan integral de gestión de la sociedad”¹¹⁷

En cuanto a los estatutos de la sociedad

- En los estatutos de la compañía se debe establecer de manera y precisa las funciones de cada uno de los órganos sociales, con el fin de evitar duplicidad de actividades que pueden llegar a ser riesgosas para la sociedad por poderse encontrar contradicciones.
- Se debe establecer un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para ejercer los cargos en los que se puedan presentar conflicto de intereses.
- En lo posible se debe establecer el arbitraje como mecanismo ágil de solución de controversias.¹¹⁸

Regulación de la Junta Directiva

¹¹⁵ IBIDEM, Pag. 41.

¹¹⁶ Código Marco de Buen Gobierno Corporativo para PYMES, “Derechos y trato equitativo de los asociados”, http://www.kpmg.com.co/files/documen_corp_gov/release/cm_c1_01.htm, fecha de consulta, 17 de enero de 2011.

¹¹⁷ IBIDEM.

¹¹⁸ Ver, CAF, “lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo”, medida. No. 51.

Para efectos de un mayor entendimiento de este capítulo, es necesario aclarar que en Colombia, la conformación de una junta directiva es únicamente obligatoria en las sociedades anónimas. Sin embargo, con el fin de garantizar la idoneidad, independencia y transparencia de las decisiones, se recomienda tener al interior de las empresas un órgano de administración de esta clase.¹¹⁹

Así mismo, se debe recordar que el artículo 22 de la ley 222 de 1995 establece que se deben considerar administradores de una sociedad al "representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten estas funciones. Y serán administradores también quienes ejerzan funciones administrativas o si las detentan, de donde resulta que es administrador quien obre como tal y también los es quien está investido de facultades administrativas."¹²⁰ "La ley también confiere el carácter de administrador a aquellas personas que si bien no actúan permanentemente como administradores de la misma, si tienen esa posibilidad, tal como acontece con los representantes legales y con los miembros de la junta directiva, suplentes, cuya actuación se encuentra supeditada a la ausencia temporal o definitiva del principal."¹²¹

Finalmente, la CAF aclara que las sociedades comerciales que se quieran acoger al Código de Gobierno Corporativo que ellos proponen, deberán tener un órgano colegiado como lo es la Junta Directiva.

¹¹⁹ Ver Confecamaras. "Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia", pág. 56.

¹²⁰ Ley 222 de 1995 artículo 22.

¹²¹ Superintendencia de Sociedades., "Cartilla de Administradores", 2009, Pág. 4.

Una vez aclarado lo anterior, se continuará con la mención de las medidas que se deben implementar en la Junta Directiva y/o administradores:

En cuanto al reglamento de funcionamiento interno:

- Debe haber una definición y asignación clara de funciones
- Se debe establecer un procedimiento transparente para la elección de los posibles candidatos que aspiran conformar la Junta Directiva.
- La Junta Directiva debe estar conformada con un número impar.
- Debe estar compuesta con por lo menos un miembro externo. Se debe entender por miembro externo todo aquél que “(...) no posea ningún vínculo laboral, familiar o corporativo, más allá de su vínculo asistencial y de colaboración como miembro externo.”¹²²

La CAF, recomienda que la mayoría de la Junta Directiva esté conformada por miembros externos.¹²³

- Se debe establecer un régimen de incompatibilidades e inhabilidades.
- Se deben determinar los derechos y deberes de los miembros de la junta.
- Forma y periodicidad de las convocatorias a reuniones ordinarias y extraordinarias.
- Forma en que se va a garantizar el derecho de información de los miembros.
- Establecer un procedimiento de evaluación del rendimiento de la Junta Directiva.

¹²² Ver Confecamaras., “*Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia*”, pág. 51.

¹²³ Ver, CAF, “*lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo*” pág. 39.

- Se debe establecer las causales en las cuales los directores cesen sus funciones y rendir los respectivos informes.¹²⁴
- Debe haber una política de retribución para los directores.¹²⁵

De las funciones indelegables de la Junta Directiva:

- Debe hacer una medición de los representantes legales y ejecutivos de la empresa.
- Debe realizar un proceso de selección objetiva de los altos ejecutivos y representantes de la compañía, estableciendo un mecanismo confiable que prepare a la compañía de posibles “procesos de sucesión y/o retiro de altos ejecutivos, Representantes Legales y administradores de la compañía.”¹²⁶
- Debe haber una política de Responsabilidad Social Corporativa.¹²⁷
- Hacer rendir cuentas de gestión a los representantes y ejecutivos durante la vigencia del contrato y hasta dentro de un mes siguiente a su retiro. La información más relevante que se debe suministrar será:
 - Enajenación de activos.
 - Operaciones realizadas.
 - Forma en que han dado cumplimiento al Gobierno Corporativo.
- Se deben establecer procedimientos que vigilen la elaboración de la contabilidad, control interno, y administración de riesgos.

¹²⁴ IBIDEM, Pág. 41.

¹²⁵ IBIDEM. Pág. 45.

¹²⁶ Ver Confecámaras, Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y fe Familia”, pág. 57.

¹²⁷ Ver, CAF, “lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo”, pág. 32.

- Informar sobre la existencia de conflictos de interés que puedan influir en su propio voto.
- Se debe informar de las situaciones relevantes a los grupos de interés.¹²⁸
- En las sociedades de familia, se deben realizar criterios de selección objetiva que primen sobre las relaciones familiares.
- Velar por el cumplimiento de las normas del Código de Gobierno Corporativo.
- Aprobar el presupuesto anual, el plan y objetivos estratégicos a corto, mediano y largo plazo de la empresa.
- Elegir a un representante responsable de vigilar el cumplimiento de las normas estatutarias y legales.

Medidas sobre el Control Interno de la Compañía

El propósito del Control Interno es asegurarse que la compañía trabaje acorde con las metas propuestas y esté dando buenos resultados. En las sociedades pequeñas, la elaboración de las finanzas está en cabeza de un grupo de personas muy pequeño, por lo que un control interno con principios establecidos, se hace necesario con el fin de minimizar riesgos financieros y de administración.¹²⁹

Medidas sobre el Revisor Fiscal

El revisor fiscal será el encargado de vigilar que los Estados Financieros se presenten de acuerdo a los principios contables.

¹²⁸ En inglés, “Stakeholders”.

¹²⁹ Ver Finland Central Chamber of Commerce., “*Improving Corporate Governance of Unlisted Companies*”, pág. 8.

Es necesario que este auditor sea totalmente independiente a la sociedad y que sea la misma persona para el caso en que exista grupo empresarial y filiales. Con el fin de garantizar la independencia del Revisor Fiscal, se debe crear una política de límites de periodo de su contrato. Así mismo debe haber reglas de selección objetiva para este contratar a esta persona.¹³⁰

Además de lo anterior, se debe prohibir contratar con el Revisor Fiscal servicios distintos al de la revisoría, salvo casos extremos en que la Junta Directiva, con previa autorización del Máximo Órgano Social, lo autorice.¹³¹

Informe de Buen Gobierno Corporativo¹³²

Este puede ser considerado uno de las medidas más importantes del Gobierno Corporativo, ya que se hace necesario crear mecanismos que controlen su cumplimiento, con el fin de evitar que el Código quede tan solo en la fase de lo escrito sin ninguna aplicación.

Se recomienda que la Junta Directiva rinda un informe por lo menos una vez al año sobre el cumplimiento de las medidas establecidas en el Código de Buen Gobierno.

Su comunicación debe ser con carácter de información relevante y debe ser publicado en la página web de la compañía.

Este informe deberá contener como mínimo los siguientes puntos:

- Evaluación del cumplimiento de las normas contenidas en los estatutos

¹³⁰ Ver, CAF, “lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo”, medida 43.

¹³¹ IBIDEM.

¹³² Todo este subtítulo se encuentra en: CAF, “lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo”, medida No. 50.

- Iniciativas debidamente justificadas para el cambio de reglamentos internos.
- Iniciativas debidamente justificadas del cambio de reglas estatutarias.
- Pago de dividendos a los asociados durante los últimos cinco años.
- Estructura de la administración incluyendo la composición y hoja de vida de los miembros de la Junta Directiva, su reglamento interno y políticas de retribución.
- Información corporativa como lo es la estructura de la propiedad, identidad de los asociados, relaciones familiares o significativas (comerciales, contractuales, etc.) que hayan entre sí y pactos entre asociados.
- Información sobre posibles conflictos de interés como los son operaciones significativas realizadas por los asociados, administradores, directivos o sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial.
- Y en general, los principios, acuerdos, recomendaciones y cumplimiento de medidas del Gobierno Corporativo.

Los Grupos de Interés y la Función Social¹³³

El Gobierno Corporativo moderno, no se limita a regular las relaciones entre los dueños de una compañía y sus administradores, de lo contrario incluye dentro de su regulación y protección a los llamados Grupos de Interés o “Stakeholders”.

¹³³ Danilo Lugo, “*Gobierno Corporativo*”, United States Interamerican Community Affairs., texto complete en: <http://www.interamericanusa.com/articulos/Gob-Corp-Adm/Gob-Corp.htm>, fecha e consulta: 10 de febrero de 2011.

Se debe entender por estos últimos como aquellos grupos que tienen una relación de influencia con la sociedad según la actividad económica que se esté desarrollando.

Como ejemplo a este tipo de grupos se encuentran:¹³⁴

- Los consumidores y proveedores de bienes y servicios
- Las entidades del Estado que sean competentes para vigilar, controlar o supervisar la actividad económica que se esté desarrollando.
- Los competidores
- Los empleados
- La localidad en donde se encuentre ubicada la empresa.
- Los poseedores de títulos.

Por responsabilidad social se debe entender como aquellos procesos dentro de los cuales la compañía se prepara para las exigencias de la globalización como los son¹³⁵:

- Políticas ambientales de planeación promoción y prevención
- Políticas de protección a la Propiedad Intelectual
- Políticas anti-soborno
- Políticas de Inversión Social
- Políticas de E-Governance: se debe garantizar que la información comunicada por medios electrónicos sea confiable y segura.

¹³⁴ IBIDEM.

¹³⁵ IBIDEM.

BIBLIOGRAFÍA

1. Superintendencia de Sociedades, Confecamaras, Cámara de Comercio de Bogotá, “Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia”, septiembre de 2009
2. Cámara de Comercio de Bogotá, El Gobierno Corporativo de las sociedades de familia en Bogotá, 2010
3. 9º Foro Internacional de Gobierno Corporativo, nuevas tendencias en la gestión de las empresas de familia, “El rol del Gobierno Corporativo en las Sociedades de Familia”
4. Larrea, Ortiz & Cia, “Análisis del Buen Gobierno Corporativo”, www.larreyortiz.com
5. The Aspen Institute, “A closer Look at Business Education: CORPORATE GOVERNANCE”, Business Society Program, Julio DE 2006, www.beyondgreypinstripes.org/CGReport.pdf
6. International Finance Corporation, http://www.ifc.org/ifcext/corporategovernance.nsf/Content/DFI_Statement
7. Benavidez Franco, Julián. “Historia del Gobierno Corporativo en el mundo”, http://www.kpmg.com.co/files/documen_corp_gov/release/lb_c1_01.htm
8. Noticiasdot.com, “El caso ENRON al detalle”, http://www.noticiasdot.com/publicaciones/2006/0206/2402/cine/cine_240206-01-2.htm
9. Actualicese.com, información contable y tributaria al día, “Caso Enron, una enseñanza de toda la vida para los profesionales contables” publicación del 2 de diciembre de 2009, <http://www.actualicese.com/actualidad/2009/12/02/caso-enron-una-ensenanza-de-toda-la-vida-para-los-profesionales-contables/>
10. Ramonet. Ignacio, “El escándalo Parmalat”, 2004-02-06, http://www.solidaridad.net/imprimir1149_enesp.htm
11. Poprtikin. Alfredo, “Fraudes Contables en Estados Unidos: Caso WorldCom”, 27 DE NOVIEMBRE DE 2006, <http://fraudescontables.blogspot.com/>

12. Principios de Gobierno Corporativo de la OECD, <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf>
13. Finland Central Chamber of Commerce, “*Improving Corporate Governance of Unlisted Companies*”.
14. Empresas de Familia Estrategias de Éxito y Permanencia, Cómo acrecentar y cuidar su patrimonio, “*Sucesión y Continuidad en América Latina*”, Colección Textos de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, 2010
15. Comisión Europea, “Libro Verde”, capítulo “*El problema de la aplicación efectiva de principios de gobierno corporativo por las entidades financieras*”, Bruselas, Junio de 2010, texto completo en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0284:FIN:ES:PDF>
16. Confecámaras, “*Importancia de Buenas Prácticas de GC*”, Texto completo en: http://www.kpmg.com.co/files/documen_corp_gov/release/lb_c3_01.htm
17. Cano Morales , A.M. y otros: “*El gobierno corporativo y su influencia en el ambiente económico colombiano*” en Observatorio de la Economía Latinoamericana N° 33, octubre 2004. Texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/co/>
18. http://www.kpmg.com.co/files/documen_corp_gov/release/lb_c3_02.htm, fecha de consulta: 24 de noviembre de 2010.
19. Solomon, Deborah and Bryan – Low Cassel, “*Companies Complain About Cost of Corporate Governance Rules*”, The Wall Street Journal, fecha de publicación: 10 de febrero de 2004, http://online.wsj.com/ad/article/ironmountain/SB107636732884524922.html?mod=sponsored_by_ironmountain
20. Chamberlain. Katherine y Borbón. Desvern., Universidad Tecnológica de Santiago UTESA, Escuela de Graduados, “*La Teoría de la Agencia y su Aplicación a las Empresas Familiares en la Ciudad de Santiago de los Caballeros, República Dominicana*”, www.GestioPolis.com , Diciembre de 2007.

21. Vasquez. Alfredo, ARQ. L., Rodríguez Mosquera. Enrique., “*Finanzas para la Construcción*”, Capítulo 01: Finanzas Corporativas, Universidad Nacional de Ingeniería, <http://www.slideshare.net/enrique.rodriguez.m/capitulo-01>, fecha de consulta: 19 de marzo de 2011.
22. Paolantonio. Martín Esteban, “*La Retribución de los Directores y El Análisis Económico del Derecho: Reflexiones sobre el caso de las sociedades abiertas*”, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1066&context=martin_paolantonio, fecha de consulta: 3 de marzo de 2011
23. Spagnolo. Walter., “*Fundamentos y principios de las Finanzas*”, Universidad del Cema, Argentina, http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:518w1ajPpugJ:www.ucema.edu.ar/~wfs04/class_notes/Fundamentos_clase_I.ppt+costos+de+agencia&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEESjvkToS_mGL9xX7aaEVaMBiReGFefc4aHh17ZFdpZNKb1cx5ZOcFcd4ij8HepdId5VcYpJspUH1D3oYdd_uSUrcJiyC1jdMDjYGEDTFlNB5HOJKLjozwZo1x2wm_rHG3VgTmXr&sig=AHIEtbR7tOjb-Q9xLISj09-xdfmMupOSSQ
24. Martínez., Conrado Javier., “*Costos de agencia: de las finanzas a la política*”, Universidad de Palermo, Center for Business Research and Studies, Graduate School of Business, diciembre de 2006, http://www.palermo.edu/economicas/pdf_economicas/cbrs/cbrs_viejos/UPCBRS_costos_agencia_politica.pdf.
25. Confecamaras, Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá, “*Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia*”
26. Superintendencia Financiera de Colombia, Circular 056 de 2007.
27. Constitución Política de Colombia
28. Córdoba Acosta Andrés, “*El Gobierno de la Empresa y el Derecho*”. Revista de Derecho PRIVADO, Universidad Externado de Colombia, numero 5, Enero 2000/Junio 2000
29. García, Enrique. Corporación Andina de Fomento, CAF. “*Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo*”, abril de 2005

30. Cámara de Comercio,
<http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?catID=193&conID=293>
31. http://contenido.metrocuadrado.com/contenidom2/compyventa_m2/guiaparvend_m2/archivoguaparavender/ARCHIVO/ARCHIVO-2766188-0.pdf
32. Toledo Tapia. Fernando Enrique, “*La Opinio Juris como Elemento Psicológico de la Costumbre*”, Revista Chilena de Derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 17, N° 3, 1990
33. Superintendencia de Sociedades, “*Concepto 220-038624 de junio 27 de 2010*”
34. Santiago Doderó, “Informalidad dificulta las empresas familiares”,
<http://co.globedia.com/informalidad-dificulta-empresas-familiares>
35. <http://www.blogs.catholic.net/empresafamiliar/LA%20ETICA%20en%20la%20Empresa%20Familiar.pdf>
36. Danilo Lugo, “*Gobierno Corporativo*”, United States Interamerican Community Affairs., texto completo en: <http://www.interamericanusa.com/articulos/Gob-Corp-Adm/Gob-Corp.htm>
37. CAF, “Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo”