

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO DE LA CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO FRENTE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA ECUATORIANA

Dr. Francisco Ribadeneira Suárez
Bolsa de Valores Quito -Corporación Andina de Fomento-
Buen Gobierno Corporativo

PALABRAS CLAVES:

Estructura empresarial, globalización, transparencia, eficiencia, probidad de la actividad, internacionalización del financiamiento, prácticas del buen gobierno corporativo, evaluación, mercado de valores, desarrollo empresarial, lineamiento para un código, rentabilidad, acreencias, entidades financieras, formas modernas de control y gobierno, credibilidad, trato equitativo.

Antecedentes.

La estructura empresarial ecuatoriana está obligada, al igual que sus similares en América Latina y específicamente en el área andina, a enfrentar la globalización, proceso que trae consigo un conjunto de normas y prácticas para la transparencia, eficiencia y probidad de la actividad empresarial. Como sabemos, la internacionalización del financiamiento de las actividades económicas es un reto y una necesidad para su despegue definitivo y es en este sentido que las empresas necesitan fuentes alternativas de financiamiento, diferentes del capital empresarial de los socios y accionistas y de las instituciones financieras; se acude cada vez con mayor interés al mercado de capitales, especialmente a las bolsas de valores. En esta interacción se genera la necesidad de que, en el comportamiento empresarial, se revele el conjunto de normas y prácticas que constituyen el buen gobierno corporativo.

La adecuación a prácticas de gobierno corporativo trae consigo beneficios para las empresas que las aplican, tales como reducir los riesgos para los inversionistas y acreedores, y elevar el valor de la empresa a favor de sus accionistas; se llega al punto de que la evaluación del gobierno corporativo es uno de los factores que se consideran al momento de analizar proyectos de inversión y de financiamiento.

A nivel mundial, en el año 1998 la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) determinó la necesidad de promover principios de gobierno corporativo, tras la grave crisis que sufrió el mercado de valores de New York, por los escándalos producidos por los fraudes en compañías que, como ENRON, fueron de dominio público internacional y que determinaron una seria crisis que puso en tela de duda al mercado de valores estadounidense, con las posibles desastrosas consecuencias para el ahorro público de los Estados Unidos.

Los principios enunciados por la OCDE y otros organismos, como el Banco Mundial, en torno al buen gobierno corporativo, en términos generales son: el respeto de los derechos de los accionistas y su tratamiento equitativo de manera independiente de su participación en el capital de la empresa; claras definiciones de la responsabilidad y funciones de la dirección empresarial; transparencia, fluidez e integridad en la información; adopción de formas efectivas de comunicación con el público interesado en la empresa; y una adecuada estructura de gobierno.

A partir de entonces, se estableció por parte de los actores del desarrollo empresarial un conjunto de normas destinadas a buscar el establecimiento de este llamado gobierno corporativo, el cual se ha plasmado, dependiendo del grado de desarrollo empresarial, en prácticas voluntarias, en sendos ordenamientos de derecho positivo o en experiencias mixtas, que ocupan cada vez un mayor espectro en el quehacer empresarial del mundo.

La Corporación Andina de Fomento (CAF) ha presentado una propuesta denominada "Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo", destinado a buscar la adopción, por parte de las empresas de la Región Andina, de un conjunto de reglas que permitan: regular el tratamiento equitativo de los derechos de los accionistas, la función de los grupos de interés social en el gobierno de las sociedades, la comunicación

y transparencia informativas, y las responsabilidades del directorio de las sociedades.

Ahora, se puede definir corporativo como *“el conjunto de prácticas, formales e informales, que gobiernan las relaciones entre los administradores y todos aquellos que invierten recursos en la empresa, principalmente accionistas y acreedores”*, tal como dice Luís Enrique García, presidente ejecutivo de la Corporación Andina de Fomento. Nos encontramos frente a las relaciones de la administración empresarial con los accionistas de la compañía, al mismo tiempo que los interesados en la rentabilidad de la misma y los inversionistas, frente a los acreedores de toda clase, interesados no solo en recuperar el valor de sus acreencias, sino además atentos a que el manejo de los recursos económicos por ellos suministrados se destinen a los fines para los cuales fueron asignados.

La regulación de los aspectos enunciados en el documento de la CAF trae aspectos que ya han sido recogidos por la legislación positiva vigente en el Ecuador, especialmente la legislación societaria, que regula la relación entre los administradores, los socios y acreedores de las compañías; al igual que la legislación sobre mercado de valores, que establece requisitos mínimos sobre información pública de los emisores de valores, la legislación mercantil, las regulaciones que emiten las superintendencias de compañías y de bancos respecto de los requisitos mínimos de la información financiera de las compañías sujetas a su control, las regulaciones del Consejo Nacional de Valores, etc.

Las prácticas de buen gobierno corporativo rebasan esa regulación, ya que van más allá del ámbito societario; se dirigen más bien al interés de la sociedad en las empresas como entidades de desarrollo económico, capaces de captar recursos públicos a través del mercado de valores y de instituciones y entidades financieras, es decir, el buen gobierno corporativo tiene que ver internamente en las compañías con las formas en las que las mismas se organizan para cumplir su objetivo social.

El objetivo del presente análisis va dirigido hacia dos aspectos: el primero, a constatar el estado de la legislación positiva nacional frente a los requerimientos de los lineamientos de la propuesta de Código Andino de Gobierno Corporativo de la CAF; y el segundo, a proponer un conjunto de sugerencias de orden legal y/o de comportamiento, cuando

las normas positivas vigentes o no aborden de manera adecuada los principios mencionados, o simplemente no se encuentren normados.

Para lograr los objetivos propuestos, vamos a realizar un análisis de la legislación relacionada con las empresas en torno a los principios propuestos por la CAF, en el mismo orden, cada uno de los principios; esta propuesta será analizada primero en torno a la legislación societaria vigente. De existir en cualquier otra área de la legislación nacional disposiciones en torno a esta temática serán consideradas en la investigación y luego de un análisis de la pertinencia de la norma respecto a la suficiencia o identidad con la medida de la CAN, serán comentadas en torno a la aplicación en el proyecto de gobierno corporativo.

De no existir legislación vigente aplicable, si fuere el caso, se propondrán alternativas de legislación positiva o de inclusión en el contrato social de las compañías y, al final del estudio, se propondrá el conjunto de alternativas que permitan contar ya sea con una legislación adecuada a los fines del gobierno corporativo o sugerir prácticas que permitan lograr los fines propuestos por la CAF.

El asumir formas modernas de control y gobierno de compañías abiertas al público, por intermedio del mercado de valores, requiere una regulación a través de normas obligatorias y vinculantes para quienes administran las empresas que participan en ese importante mecanismo de financiamiento y desarrollo; además de que la publicación de la información empresarial para que los accionistas, el mercado financiero, los inversionistas y, en fin, para que todos los actores de la economía puedan, con transparencia, considerar su acción en una u otra empresa a través de participar en su capital, financiar proyectos, comprar, vender, etc. esto se ve cada vez más como una obligación de parte de quienes administran las empresas, tanto más si estas están aprovechando los mecanismos establecidos por la sociedad para dotarles de recursos públicos y privados.

En la estructura de la realidad societaria ecuatoriana preponderan las compañías de capital cerrado, ya sea este familiar o de grupos de personas que se han unido para realizar un objeto social determinado, basados en el concurso de capitales propios o provenientes del endeudamiento con el sistema financiero pero sin salir a ofertar en el mercado la

participación de accionistas o inversionistas distintos a los que conforman el grupo; incluso, las sociedades anónimas, que en otras latitudes son de oferta pública, en nuestro país mantienen la estructura anterior, siendo muy pocas las que participan activamente en el mercado de valores.

Esta realidad societaria ha incidido en forma negativa en el desarrollo del mercado de valores, el mismo que basa su existencia en la captación pública de recursos económicos, para ponernos –a través de los mecanismos de bolsa de valores- a disposición de la producción, el comercio, los servicios, etc., actividades económicas que podrán tener un mayor éxito si contaran con los antedichos recursos, que provienen fundamentalmente del ahorro interno, dando así la posibilidad a pequeños y grandes ahorristas de tener alternativas distintas a las que el sector financiero ofrece en el mercado y darle la función social que debe cumplir el ahorro en la economía nacional.

De lo anterior se puede inferir que a través del gobierno corporativo se trata de proteger, a más de los intereses de los socios de empresas, los de aquellos que sin tener esa calidad defienden intereses derivados de la inversión en las compañías; por esto, la aplicación sugerida por el autor está dedicada de manera exclusiva a las empresas que, por medio de emisiones de acciones, obligaciones y otros valores fiduciarios, actúan en el mercado de valores. Para ellos, las prácticas de buen gobierno corporativo deben ser obligatorias, dejando que las empresas de estructura cerrada puedan adoptarlas voluntariamente, aunque sería preferible que las adopten para no poner en riesgo mayor el interés social en estas empresas que al no ofertar públicamente en el mercado de valores, son valoradas por sus acreedores bajo parámetros distintos a los que devienen del gobierno corporativo, valoraciones que, en lo fundamental, se basan en la credibilidad de los socios y de los administradores de las mismas, de manera personal.

1. Derechos y trato equitativo de los accionistas

Dentro de la temática de buen gobierno corporativo, la relacionada con el tratamiento equitativo de los accionistas es de alta relevancia, ya que en la estructuración de la empresa se comienza con la valoración ética del porqué se forma una sociedad, del para qué y con quiénes.

Entonces, se empieza por señalar los principios de trato entre todos aquellos que conforman este núcleo económico-social. En principio todos y cada uno de los que conforman una sociedad por acciones tienen los mismos derechos y obligaciones; lo que sí es cierto es que la legislación, en el caso ecuatoriano, sin embargo de establecer distintas categorías de socios, les da un trato equitativo por clase de socio, no obstante de establecer señaladas diferencias entre las distintas clases de socios.

Principio de una acción un voto

“Los estatutos sociales recogerán el principio de una acción un voto, salvo las acciones privilegiadas sin voto”

Esta propuesta del Proyecto de Código Andino de Buen Gobierno Corporativo (CABGC) se encuentra, para el caso ecuatoriano, recogido por la Ley de Compañías, como un derecho de los accionistas: *“Art. 207. 4.- Intervenir en las juntas generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho a voto, según los estatutos. La Superintendencia de Compañías controlará que se especifique la forma de ejercer este derecho al momento de tramitar la constitución legal de una compañía o cuando se reforme su estatuto. el accionista puede renunciar a su derecho a votar, en los términos del Art. 11 del Código Civil.”* Podemos observar que la Ley establece la posibilidad de la existencia de distintas clases de accionistas, especialmente aquellos accionistas preferenciales sin derechos a voto, como lo establece el Art. 170 de la Ley de Compañías: *“Las acciones preferidas no tendrán derecho a voto, pero podrán conferir derechos especiales en cuanto al pago de dividendos y en la liquidación de la compañía”.*

Sin embargo, miremos esta disposición: Art. 210 *“Las acciones con derecho a voto lo tendrán en proporción a su valor pagado. Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar”.* Este principio nos hace ver que el derecho se otorga sobre el capital pagado por el socio. Cabe destacar que la legislación ecuatoriana de compañías establece tres clases de capital: capital suscrito, capital pagado y capital autorizado. La segunda parte de este artículo refuerza el derecho de voto de los accionistas, eso pena de nulidad por la inobservancia de este derecho.

El criterio de la legislación nacional es absolutamente compatible con quien intenta inscribir en la *praxis* empresarial el CABGC, ya que no

solo que el principio de *una acción un voto* se encuentra registrado, sino además la excepción a los accionistas privilegiados del ejercicio del derecho a voto en las asambleas generales.

Protección a los derechos de los accionistas minoritarios

“En operaciones que puedan afectar negativamente a los derechos de los accionistas minoritarios, como ampliaciones de capital, fusiones o escisiones, la propuesta de los administradores deberá estar necesariamente respaldada por informe de un auditor externo designado por los directores independientes distinto del propio de la compañía”

En la legislación societaria nacional, el derecho de suscribir el aumento de capital es un derecho conferido por la calidad de accionista de la compañía, potestad que no puede ser restringida ni estatutariamente ni por decisión de la Junta General de Accionistas. Este derecho se ejercita en proporción a las acciones de cada socio, desde el momento de acordarse el aumento hasta treinta días después de haberse publicado en la prensa la resolución del aumento (Art. 207, inciso 6 de la Ley de Compañías: 6 *“Gozar de preferencia para la suscripción de acciones en el caso de aumento de capital”*), de manera tal que la garantía establecida por la Ley de Compañías, para tener preferencia en el aumento del capital social, se encuentra debidamente protegida en el Ecuador. Igual situación acontece con la posibilidad de transformación de la compañía en otro tipo de sociedad: Art. 334.- *“El acuerdo de transformación no podrá modificar las participaciones de los socios en el capital de la compañía. A cambio de las acciones que desaparezcan, los antiguos accionistas tendrán derecho a que se les asigne acciones, cuotas o participaciones proporcionales al valor nominal de las acciones poseídas por cada uno de ellos”*.

Para la fusión es necesario destacar que se respeta el derecho de los socios a participar en proporción a su participación en el capital social ya que, al no existir disposición expresa, se estará a lo dispuesto en el *“Art. 334.- En aquello que no estuviere expresamente regulado en esta sección se estará a lo dispuesto para los casos de transformación”* (L.C.), es decir, a lo establecido respecto de la participación en el capital social expresada en el citado artículo 344; en el caso de que se diera la fusión por absorción, la participación se daría ya sea en el monto en que le correspondería participar por la proporción con que la compañía absorbida participa en

la absorbente, o por las acciones que mantiene en la compañía absorbente al fusionarse con la absorbida. Cabe anotar que la compañía absorbida debe disolverse como si se tratara de una disolución anticipada voluntaria.

En la escisión no existe ninguna disposición sobre el tratamiento que se debe dar al capital social, pero creemos que este debe ser proporcional al valor que cada socio recibe de la compañía de la que escinde, para valorarlo en la nueva compañía en proporción al aporte de capital que represente frente al de los demás socios o accionistas.

Respecto del pronunciamiento de la administración para decidir en estos casos en base a la participación de un auditor externo distinto de aquel que realiza la auditoría externa, no existe disposición alguna en la Ley de Compañías, por lo que es importante incorporar una decisión de este pronunciamiento en los Estatutos Sociales de la compañía.

Es más, la garantía para los accionistas minoritarios va hacia las posibilidad de apelar las decisiones adoptadas por la mayoría en la Junta General: *"Art. 249.- En toda compañía anónima una minoría que represente no menos del veinticinco por ciento del total del capital pagado podrá apelar las decisiones de la mayoría"*

Para la apelación se llenarán los siguientes requisitos:

- 1.- Que la demanda se presente a la Corte Superior del distrito de los treinta días siguientes a la fecha de la clausura de la Junta General;
- 2.- Que los reclamantes no hayan concurrido a la Junta General o hayan dado su voto en contra de la resolución;
- 3.- Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido, o el concepto de la violación o el del perjuicio; y,
- 4.- Que los accionistas depositen los títulos o certificados de sus acciones con su demanda, los mismos que se guardarán en un casillero de seguridad de un banco.

Las acciones depositadas no se devolverán hasta la conclusión del juicio y no podrán ser objeto de transferencia, pero el juez que las reciba

otorgará certificados del depósito, que serán suficientes para hacer efectivos los derechos sociales.

Los accionistas no podrán apelar de las resoluciones que establezcan la responsabilidad de los administradores o comisarios.

Las acciones concedidas en este artículo a los accionistas se sustanciarán en juicio verbal sumario”.

Como se puede apreciar, la protección de los socios minoritarios va mas allá del ámbito interno de la compañía, hasta la posibilidad de acudir ante los tribunales de justicia.

Información a accionistas e inversores

“Las sociedades tendrán que implementar mecanismos permanentes de comunicación con los inversores y accionistas, a través de los cuales estos puedan requerir información, salvo la confidencial e irrelevante, plantear cuestiones de interés corporativo o asociadas a su condición de accionistas, más allá de la información a proveer con ocasión de la Asamblea General de Accionistas, y cuya respuesta será difundida al mercado, no privilegiando al accionista respecto de los demás”.

La información en la sociedad actual es un bien económico precioso, más aún cuando compañías como las que se plantea, participan activamente en el mercado de valores y de capitales; los accionistas y los inversionistas requieren respuestas de la administración empresarial. En la legislación societaria ecuatoriana, la información para los accionistas se encuentra en la Ley de Compañías: “ Art. 15.- Los socios podrán examinar los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social; pero los accionistas de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, sólo tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los balances generales, del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, de las memorias o informes de los administradores y comisarios, y de las actas de las juntas generales; asimismo, podrán solicitar la lista de accionistas e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas”, disposición esta que riñe con el espíritu de la disposición del CABGC, ya que restringe la información exclusivamente a aspectos económicos y societarios que se traten o por tratarse en juntas generales de accionistas. Por esta razón,

creo necesario que en este mismo artículo se introduzca una reforma que diga: *“En el Art. 15 agréguese un inciso que diga: Sin perjuicio de que la administración deba absolver consultas de los socios, las mismas que de no tratar aspectos relacionados con secretos comerciales e industriales, o temas de estricto interés personal del socio consultante, puedan ser publicados para conocimiento general de todos los socios y del público en general”*.

Respecto de los inversores, la información requerida se encuentra normada por la legislación de mercado de valores, tanto para enterarse de las ofertas públicas, es decir las condiciones de esa oferta, como para otros aspectos que a criterio de los emisores deban ser conocidos por el mercado.

“Art. 13.- Del prospecto.- El prospecto es el documento que contiene las características concretas de los valores a ser emitidos y, en general, los datos e información relevantes respecto del emisor, de acuerdo con las normas de carácter general que al respecto expida el C.N.V. Este prospecto deberá ser aprobado por la Superintendencia de Compañías.

Art.14.- De la responsabilidad sobre la información.- Los representantes legales de los emisores declararán bajo juramento que la información contenida en el prospecto o circular de oferta pública es fidedigna, real y completa, y serán penal y civilmente responsables por cualquier falsedad u omisión contenida en ellas.

Art. 24.- Del objetivo.- Con el propósito de garantizar la transparencia del mercado, los participantes deberán registrarse y mantener actualizada la información requerida por esta ley y sus normas complementarias.

El C.N.V. establecerá en contenido, la forma y periodicidad con la que deberá presentarse la información y lo hará en consideración a las características de los emisores de los valores ofrecidos o de las entidades que se sometan a registro. No se considerará pública la información de entidades controladas por la Superintendencia de Bancos, que ésta clasifique como reservada.

Art. 25.- De los hechos relevantes.- Las entidades registradas deberán divulgar en forma veraz, complementa, suficiente y oportuna todo hecho o información relevante respecto de ellas, que pudieren afectar positiva o negativamente su situación jurídica, económica o su posición financiera o la de

sus valores en el mercado, cuando éstos se encuentren inscritos en el Registro del Mercado de Valores.

Se entenderá por hecho relevante todo aquel que por su importancia afecte a un emisor o a sus empresas vinculadas, de forma tal que influya o pueda influir en la decisión de invertir en valores emitidos por él o que pueda alterar el precio de sus valores en el mercado.

El hecho material o relevante no necesariamente debe corresponder a una decisión adoptada en términos formales por parte de los órganos sociales de los emisores, de las instituciones que intervienen en el mercado de valores o de las personas que actúan en él, sino que es todo evento que conduce o puede conducir a las situaciones señaladas en este artículo.

El C.N.V. reglamentará mediante normas de carácter general la aplicación de este artículo”.

El anterior artículo destaca aquellos aspectos que no necesariamente constituyen parte de la información obligatoria, sino que puedan influir positiva o negativamente en el mercado, contiene la obligatoriedad de su publicación.

“Art. 27.- DE la información privilegiada.- Se entiende por información privilegiada el conocimiento de actos, hechos o acontecimientos capaces de influir en los precios de los valores materia de intermediación en el mercado de valores, mientras tal información no se haya hecho del conocimiento público.

Los miembros del C.N.V., los funcionarios, empleados o trabajadores de la Superintendencia de Compañías, los directores, administradores, funcionarios y, en general, toda persona que en razón de su cargo, empleo, posición o relación con los participantes del mercado, tenga acceso a información privilegiada, estarán obligados a guardar estricto sigilo sobre ella, bajo las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar de conformidad con la ley.

Se presume que las personas mencionadas en este artículo, por el hecho o razón de su cargo, empleo, posición o relación dentro del segundo grado de afinidad o cuarto de consanguinidad con los participantes del mercado, tienen acceso a la información privilegiada.

Las mismas personas, también deberán mantener en reserva la información de que disponga relativa a las operaciones de adquisición o enajenación que pudiera realizar un inversionista institucional en el mercado de valores, cuando en razón de la cuantía y condiciones de la operación ésta pueda influir en los precios de los valores de que trata.

Se prohíbe a las personas mencionadas en este artículo así como a sus subordinados o terceros de su confianza, utilizar información privilegiada, para obtener para sí o para otros, ventajas mediante la compra o venta de valores sobre los que verse dicha información o de instrumentos cuya rentabilidad esté determinada por esos valores".(Ley de Mercado de Valores).

Creo necesario incorporar disposiciones en la legislación de mercado de valores, que amplíen hacia temas corporativos la obligación de informar al mercado, de manera tal que las compañías que participan en el mercado primario y secundario permitan a los interesados, sean socios, inversionistas o instituciones del sistema financiero, obtener respuestas públicas adecuadas a sus intereses sobre la compañía que participa abiertamente en el mercado. Es importante destacar que la obligatoriedad de la información debe restringirse sobre aquellos aspectos que estratégicamente representa una ventaja competitiva o comparativa para la empresa, temas como propiedad intelectual, secretos comerciales o industriales, e información privilegiada, y otra que por su naturaleza, de ser divulgada, represente la posibilidad de pérdida de su posicionamiento. Claro está que ninguno de estos aspectos debe ser contrario a la ley, las buenas costumbres o la moral, así como aquella que es de su interés exclusivo para el socio o el inversionista, ya sea por tratarse de información personal o porque sólo afecta a la relación exclusiva y excluyente del socio inversor.

1.4. Web corporativa

"Las grandes compañías y las empresas listadas con amplia difusión de su accionario, con al menos 500 accionistas, deberán contar con una página web corporativa, que actúe como mecanismo de participación e información para con los accionistas y los mercados".

Personalmente no considero importante el condicionar a una forma de presentación tecnológica de información en disposiciones estatutarias

o legales, ya que se puede, con el desarrollo de la tecnología, perder en corto o mediano plazo los efectos que se busca con la información. De esta manera la web, al quedar por superación tecnológica en desuso, podría acarrear el incumplimiento de una obligación necesaria para el desarrollo empresarial y del mercado.

Dejando de lado esta apreciación sobre la tecnología, creo importante que se establezcan los mecanismos necesarios para las empresas que se encuentran listadas y aquellas que por el número de socios deben mantener un contacto permanente con el mercado y/o con sus socios.

Para esto, en el caso de las compañías listadas, el Consejo Nacional de Valores debe establecer mediante Resolución las características, los medios, la frecuencia, etc. con que estas compañías deben informar (ya que es de su competencia: 4. Expedir las normas complementarias y las resoluciones administrativas de carácter general necesarias para la aplicación de la presente ley, según el Art. 9 de la Ley de Mercado de Valores, inciso 4).

De acuerdo con la recomendación de la CAF, la información básica debería contener:

- Estatutos
- El Reglamento de la asamblea y el reglamento del directorio.
- Los hechos relevantes
- Los acuerdos entre accionistas
- La información financiera pública
- Las actas de las asambleas celebradas en los últimos dos años.
-

La antedicha información tendría el carácter de pública; además, y aprovechando las características del medio tecnológico, se podría tener un espacio de carácter privado, para que el acceso exclusivo de los socios sea restringido. Los socios podrían consultar inclusive datos personales acerca de su participación, el monto de sus dividendos, etc.

1.5. Establecimiento de *quórum*s

“Las sociedades deben garantizar el derecho de todos los accionistas a conocer los quórum para la constitución de la asamblea general de accionistas, el

régimen de adopción de acuerdos sociales y la posible exigencia de quórum reforzado para aquellas operaciones que afecten de manera significativa a los derechos de los minoritarios, así como las limitaciones al derecho de asistencia”.

Para el caso ecuatoriano, los quórum para constitución de Asambleas Generales de Accionistas están dados por la Ley de Compañías y el Reglamento de Juntas Generales, en los que se establece la normalidad para la toma de decisiones. Esto dice la Ley de Compañías:

“Art. 241.- Salvo las excepciones previstas en la ley o en el estatuto, las decisiones de las juntas generales serán tomadas por mayoría de votos del capital pagado concurrente a la reunión. Los votos en blanco y las abstenciones se sumarán a la mayoría numérica.

Las normas del estatuto relativas a las decisiones de las juntas generales se entenderán referidas al capital pagado concurrente a la reunión”.

En lo que se refiere al establecimiento de quóruns especiales para la adopción de determinadas resoluciones, me parece que respecto de la forma doctrinaria de tratamiento legal, las mayorías necesarias para la adopción de resoluciones en las juntas, debe ser materia de la reglamentación interna o de su incorporación en los estatutos sociales de las compañías, tal como lo menciona la disposición correspondiente del Reglamento de Juntas *“Art. 14.- Quórum de decisión.- En las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, las decisiones se adoptarán con las mayorías previstas en la Ley de Compañías o en el estatuto, según el caso, en base a las acciones con derecho a voto y en proporción a su valor pagado.*

Salvo las excepciones legales, estas mayorías se computarán, en relación con el capital pagado concurrente que tuviere derecho a voto... Adoptada una resolución con el quórum legal o estatutario, ésta tendrá validez sin que la afecte el posterior abandono de no o más socios o accionistas que dejen sin quórum a la junta”.

1.6. Coventa de acciones de los accionistas minoritarios

“Los estatutos de la sociedad no cotizada en bolsa deberán prever el derecho de coventa (tag along) de los accionistas minoritarios en el caso de operaciones que supongan el cambio de control de la sociedad”.

Esta recomendación del CABGC trata de las sociedades no cotizadas en bolsa; sin embargo, de no ser el objeto del presente análisis sus estudio frente al gobierno corporativo, cabe mencionar que de alguna manera esta disposición restringe el derecho de los accionistas para negociar libremente sus acciones en el mercado, ya que si el accionario mayoritario decide vender sus acciones, debería negociar la mismo tiempo las acciones de los minoritarios, condición esta que. De acuerdo con la legislación nacional, no sería posible, ya que limita la negociabilidad de las acciones:

Ley de Compañías, *Art.207, numeral 8.- Negociar libremente sus acciones*". Insertar una disposición estatutaria en sentido contrario sería atentar contra la aplicación de la ley y, por lo tanto, impracticable, a menos que se logre un acuerdo que permita que los accionistas mayoritarios acepten la posibilidad de que los minoritarios, de manera voluntaria, puedan vender sus acciones cuando los primeros las negocien.

En lo atinente a la sociedad limitada siempre será posible, ya que el carácter personalista que se imprime en la legislación para este tipo de compañías, hace que quien quiera vender sus participaciones deba contar necesariamente con el consentimiento unánime de todos los demás socios

2.- La Asamblea General de Accionistas

Este órgano de la administración societaria es el primero entre todos los demás, ya que se constituye por quienes generan la existencia de la compañía, es decir, por todos los socios. Es importante destacar el rol que a través de la Ley de Compañías y el Reglamento de Juntas Generales le da la legislación ecuatoriana, la misma que le otorga todos los poderes para decidir sobre la compañía, excepto aquellos que por la ley y el propio estatuto le están vedados. Podemos decir que, en relación a la conformación de la compañía, la junta general de socios es constituyente, al punto que puede decidir su modificación, y hasta su existencia misma.

2.1. Asamblea General de Accionistas, órgano supremo

"Los estatutos de las sociedades deben reconocer a la asamblea general de accionistas su condición de órgano supremo, definiendo con claridad sus funciones exclusivas, entre las que no se pueden omitir el nombramiento de los auditores o la política de retribución de los directores".

En el Ecuador, la junta general de accionistas tiene, por disposición de la Ley de Compañías, el carácter de órgano supremo: *“Art. 230.- La junta general formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la compañía”*; y, entre las funciones privativas que esta tiene, constan precisamente todas las que en este principio del CABGC recomienda. Vamos a señalar lo que nos dice el Art. 231 de la Ley:

“Art. 231.- La junta general tiene poderes para resolver todos los asuntos relativos a los negocios sociales y para tomar las decisiones que juzgue conveniente en defensa de la compañía.

Es de competencia de la junta general:

1.- Nombrar y remover a los miembros de los organismos administrativos de la compañía, comisarios o cualquier otro personero o funcionario cuyo cargo hubiere sido creado por el estatuto, y designar o remover a los administradores, si en el estatuto no se confiere esta facultad a otro organismo;

2.- Conocer anualmente las cuentas, el balance, los informes que le presentaren los administradores o directores y los comisarios acerca de los negocios sociales y dictar la resolución correspondiente. Igualmente conocerá los informes de auditoría externa en los casos que proceda. No podrán aprobarse ni el balance ni las cuentas si no hubieren sido precedidos por el informe de los comisarios;

3.- Fijar la retribución de los comisarios, administradores e integrantes de los organismos de administración y fiscalización, cuando no estuviere determinada en los estatutos o su señalamiento no corresponda a otro organismo o funcionarios;

4.- Resolver a cerca de la distribución de los beneficios sociales;

5.- Resolver acerca de la emisión de las partes beneficiarias y de las obligaciones;

6.- Resolver acerca de la amortización de las acciones;

7.- Acordar todas las modificaciones al contrato social; y,

8.- Resolver acerca de la fusión, transformación, escisión, disolución y liquidación de la compañía; nombrar liquidadores, fijar el procedimiento para la liquidación, la retribución de los liquidadores y considerar las cuentas de liquidación”.

En cuanto a fijar la remuneración o las políticas de remuneración de los directores, si bien esta no es una facultad privativa, si no se ha delegado a otro órgano de la administración es una facultad de la Junta que, para mayor claridad, debería constar en los estatutos sociales de la compañía.

2.2. Régimen interno de organización y funcionamiento de la asamblea general

“Las grandes compañías, las empresas listadas y las anónimas y abiertas con una gran base accionarial, deberán tener un reglamento de régimen interno de organización y funcionamiento de la asamblea general de accionistas, de carácter vinculante, y cuya trasgresión acarree responsabilidad”.

La recomendación contenida en el CABGC establece la introducción de un régimen interno de organización y funcionamiento de las asambleas generales, a través de un reglamento. Para el caso ecuatoriano sería abundar sobre legislación obligatoria, ya que tanto la Ley como el Reglamento General de Juntas de Socios y Accionistas, dictado por la Superintendencia de Compañías, recogen la forma en que se ha de celebrar la junta. Vamos, de manera superficial, sin detenernos en cada uno de los aspectos que trata la Ley y este Reglamento, a mencionar los aspectos más importantes contenidos en los mismos:

LEY DE COMPAÑÍAS:

Art. 233.- Las juntas generales de accionistas son ordinarias y extraordinarias. Se reunirán en el domicilio principal de la compañía, salvo lo dispuesto en el Art. 238. En caso contrario serán nulas”.

Con esta forma se da seguridad a los accionistas sobre el lugar en el cual se deberá reunir la junta, además que señala las clases de juntas que pueden realizarse.

“Art. 234.- Las juntas generales ordinarias se reunirán por lo menos una vez al año, dentro de los tres meses posteriores a la finalización del ejercicio económico de la compañía, para considerar los asuntos especificados en los numerales 2º, 3º y 4º del Art. 231 y cualquier otro asunto puntualizado en el orden del día, de acuerdo con la convocatoria.

La junta general ordinaria podrá deliberar sobre la suspensión y remoción de los administradores y más miembros de los organismos de administración creados por el estatuto, aun cuando el asunto no figure en el orden del día”.

La obligatoriedad de convocar a las juntas, es decir que los accionistas en pleno puedan conocer el movimiento de la compañía y decidir sobre la misma, se regula en esta disposición, la misma que señala la agenda mínima de la junta. Además se anota el derecho de la junta para remover en cualquier tiempo, siempre y cuando se trate de junta ordinaria, a los administradores por simple decisión de la asamblea, aun cuando este tema no haya sido propuesto por el órgano al que le corresponda convocarla.

“Art. 235.- Las juntas generales extraordinarias se reunirán cuando fueren convocadas para tratar los asuntos puntualizados en la convocatoria.

Art. 236.- La junta general, sea ordinaria o extraordinaria, será convocada por la prensa, en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio principal de la compañía, con ocho días de anticipación por lo menos al fijado para su reunión, y por los demás medios previstos en los estatutos, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 213.

La convocatoria debe señalar el lugar, día y hora y el objeto de la reunión. Toda resolución sobre asuntos no expresados en la convocatoria será nula.

En caso de urgencia los comisarios pueden convocar la junta general.

Art. 244.- La junta general estará presidida por la persona que designen los estatutos; en su defecto, por el presidente del consejo de administración o del directorio, y, a falta de éste, por la persona elegida en cada caso por los presentes en la reunión. Será secretario de la junta general el administrador o gerente, si los estatutos no contemplaren la designación de secretario especial.

Art. 245.- Las resoluciones de la junta general son obligatorias para todos los accionistas, aun cuando no hubieren concurrido a ella, salvo el derecho de oposición en los términos de esta Ley”.

Importante este artículo de la ley en lo que se refiere a establecer el carácter vinculante de las resoluciones adoptadas por el organismo supremo de la compañía para todos los socios, incluidos los inasistentes.

2.3. Derecho de convocatoria de los socios

“Las sociedades determinarán estatutariamente el derecho de los accionistas que representen una participación significativa del capital social a promover la convocatoria de una asamblea general de accionistas, que deberá celebrarse en un plazo razonable y respetando íntegramente la agenda propuesta por los promotores”.

La posibilidad de que en estatuto conste qué porcentaje de accionistas puedan, por sí o a través de los organismos de la compañía, convocar a junta de accionistas es factible de acuerdo con nuestra legislación. Además de esa opción, el Reglamento General de Juntas de Accionistas establece mecanismos extraordinarios para que la institución de control societario pueda convocar:

“Art. 5.- Solicitud para que el Superintendente convoque a junta.- El o los socios u accionistas que desearan ejercer el derecho que les confiere el Art. 212 de la Ley de Compañías, o que estuvieren en el caso de ejercer el derecho prescrito e los Arts. 120 y 213, respectivamente, de la misma ley, justificarán ante el Superintendente de Compañías la prestación de la solicitud en que piden a los órganos administrativos o de fiscalización, según el caso, la convocatoria a junta general.

Si las convocatorias solicitadas conforme a los Arts. 120,212 y 213 de la Ley de Compañías no se efectuaren por parte de los administradores o de los comisarios de las compañías, de conformidad con lo previsto en los mencionados artículos, o si dichas convocatorias se realizaren violando de alguna forma lo establecido en los Arts. 119 ó 236 de la referida ley o cualquiera de las disposiciones de este artículo, el o los socios o accionistas que hubieren pedido la convocatoria respectiva podrán solicitar al Superintendente que convoque a la junta general correspondiente. Para que el Superintendente de Compañías disponga la convocatoria, el o los peticionarios deberán previamente comprobar que han agotado el procedimiento establecido en las normas de los Arts. 120,212 y 213 de la Ley de Compañías.

En las convocatorias que hicieren los administradores o comisarios o bien la Superintendencia de Compañías deberán transcribirse los asuntos que los solicitantes indiquen en su petición, sin que sea posible modificación alguna.

En las convocatorias que hiciere la Superintendencia en aplicación de lo dispuesto en los Arts. 212 y 213 de la Ley de Compañías en concordancia con lo prescritos en el numeral 6 del Art. 247, no se requerirá que los comisarios sean convocados especial e individualmente según el artículo siguiente”.

En base a estos preceptos se garantiza que los accionistas que representen al menos el 25% del capital puedan solicitar al organismo de control societario la convocatoria a junta de accionistas, la misma que es de realización obligatoria. Esta disposición constituye una doble garantía para los accionistas; de una parte, para los minoritarios frente a las decisiones de las mayorías respecto de la realización o la temática a tratarse en una junta; y, de otra, para todos los socios frente a las decisiones de los órganos de la administración que por cualquier motivo se negaren a convocar a la junta.

Además, y para garantizar que en la Junta no se traten sino los aspectos para los cuales ha sido convocada, se puede solicitar la presencia de un delegado de la institución de control, esto se lo puede hacer para cualquier clase de junta ordinaria o extraordinaria. Para la junta universal difícilmente puede darse el caso, ya que la reunión de esta no necesita de convocatoria. Esta opción se encuentra en el Reglamento de Juntas:

“Art.7.- Petición que el Superintendente o su delegado asista a junta.- La petición en la que se solicite la concurrencia del Superintendente de Compañías o de su delegado a junta general de una compañía sujeta al control total o parcial de la institución, deberá ser presentada al menos con 48 horas de anticipación respecto de la hora en que deba comenzar la junta. La solicitud podrá formularla cualquier socio o accionista de la compañía. A la petición se acompañará copia de la convocatoria”.

El mismo reglamento, en el Capítulo VI, establece las facultades del Superintendente de Compañías o de su delegado para que asista a este tipo de junta:

“Art. 28.- Facultades.- Para los efectos del Art. 447 de la Ley de Compañías, el Superintendente o su delegado dispondrá de las siguientes facultades:

- a) *Verificar si la convocatoria se ha efectuado de conformidad con la ley, este reglamento y el estatuto;*
- b) *Comprobar, de acuerdo con lo establecido en este reglamento, la calidad de socios o accionistas de los intervinientes o la de sus representantes en la reunión; la existencia del quórum legal o estatutario de concurrencia y la correcta instalación de la junta;*
- c) *Orientar a los asistentes a fin de que las deliberaciones y votaciones no violen la ley y el estatuto. La responsabilidad de ello recaerá exclusivamente sobre la junta;*
- d) *Verificar que en el acta se haga una correcta relación de los asuntos tratados y que en ella se asienten las constancias que exige este reglamento, siempre que se produzcan los motivos que las justifiquen;*
- e) *Comprobar la correcta conformación del expediente de la junta;*
- f) *La indicada en el Art. 8 de este reglamento; y,*
- g) *Señalar el plazo dentro del cual el Secretario de la junta deba conferir copia certificada del acta, a fin de que en su momento, ésta se anexe al informe del delegado”.*

2.4. Convocatoria y agenda de la asamblea

“Los Estatutos fijarán el plazo, los medios de convocatoria, el contenido mínimo del anuncio y el detalle de los puntos contenidos en la agenda, de modo que se facilite al máximo la asistencia del mayor número de accionistas y la comprensión de todos los asuntos contenidos en la agenda, evitando menciones genéricas”.

Los medios de convocatoria, además del señalado como obligatorio por la ley, podrán ser los que los estatutos sociales fijen. La convocatoria debe contener la agenda a tratarse en la junta y los plazos para que se efectúe; además, nuestra legislación señala los casos de segunda y tercera convocatoria; así:

“Art. 236.- La junta general, sea ordinaria o extraordinaria, será convocada por la prensa, en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio principal de la compañía, con ocho días de anticipación por lo menos al fijado para su reunión, y por los demás medios previstos en los estatutos, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 213.

La convocatoria debe señalar el lugar, día y hora y el objeto de la reunión. Toda resolución sobre asuntos no expresados en la convocatoria será nula.

En caso de urgencias los comisarios pueden convocar la junta general.

Art. 237.- Si la junta general no pudiere reunirse en primera convocatoria por falta de quórum, se procederá a una segunda convocatoria, la que no podrá demorarse más de treinta días de la fecha fijada para la primera reunión.

La junta general no podrá considerarse constituida para deliberar en primera convocatoria si no está representada por los concurrentes a ella, por lo menos la mitad del capital pagado.

Las juntas generales se reunirán, en segunda convocatoria, con el número de accionistas presentes. Se expresará así en la convocatoria que se haga.

En la segunda convocatoria no podrá modificarse el objeto de la primera convocatoria.

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

Sin embargo, cualquiera de los asistentes puede oponerse a la discusión de los asuntos sobre los cuales no se considere suficientemente informado.

Art. 239.- Antes de declararse instalada la junta general de accionistas el secretario formará la lista de asistentes.

El secretario incluirá en la lista a los tenedores de las acciones que constaren como tales en el libro de acciones y accionistas.

El secretario de la junta, al formular la lista, anotará los nombres de los accionistas presentes y representados, la clase y valor de las acciones y el número de votos que les corresponda, dejando constancia, con su firma y la del presidente de la junta, del alistamiento total que hiciere.

Art. 240.- Para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o disminución del capital, la transformación, la

fusión, escisión, la disolución anticipada de la compañía, la reactivación de la compañía en proceso de liquidación, la convalidación y, en general, cualquier modificación de los estatutos, habrá de concurrir a ella la mitad del capital pagado. En segunda convocatoria bastará la representación de la tercera parte del capital pagado.

Si luego de la segunda convocatoria no hubiere el quórum requerido se procederá a efectuar una tercera convocatoria, la que no podrá demorar más de sesenta días contados a partir de la fecha fijada para la primera reunión, ni modificar el objeto de ésta. La junta general así convocada se constituirá con el número de accionistas presentes, para resolver uno o más de los puntos mencionados en el inciso primero, debiendo expresarse estos particulares en la convocatoria que se haga”.

2.5 Información a y de los accionistas previa la asamblea

“La compañía debe establecer los medios para facilitar el ejercicio del derecho de información de todos los accionistas con carácter previo a la celebración de la Asamblea y durante el desarrollo de la misma, teniendo siempre en consideración que la información debe ser completa, correcta y transmitida a todos los accionistas por igual y con tiempo suficiente para su análisis”.

Ley de Compañías: Art. 248, *“Todo accionista tiene derecho a obtener de la junta general los informes relacionados con los puntos en discusión. Si alguno de los accionistas declara que no está suficientemente instruido podrá pedir que la reunión se diferiera por tres días. Si la proposición fuera apoyada por un número de accionistas que represente la cuarta parte del capital pagado por los concurrentes a la junta, ésta quedará diferida.*

Si se pidiera término más largo, decidirá la mayoría que represente por lo menos la mitad del capital pagado por los concurrentes.

Este derecho no puede ejercerse sino una sola vez sobre el mismo objeto.

No se diferirá la reunión cuando hubiere sido convocada por los comisarios con el carácter de urgente”.

Esta disposición normativa garantiza el apercebimiento que el socio debe tener sobre los temas a tratarse en la junta, al punto tal que inclusive

por falta de información a los accionistas, la asamblea pueda ser diferida por tres días, siempre que se cumpla con el requisito de apoyo minoritario del accionariado (25%), pudiendo incluso diferirse por mayor tiempo si así lo decide más del 50%. Excepcionalmente, este derecho puede ser dejado de lado cuando se trate de temas urgentes convocados por los comisarios de la compañía, es decir, por el órgano de control interno nombrado por la misma junta.

“Las sociedades que deban mantener página web promoverán y ofrecerán a los inversos institucionales y a los accionistas con una participación significativa la posibilidad de hacer pública su política de participación en la asamblea general de accionistas así como el sentido de su voto en relación con cada uno de los puntos de las agenda”.

Cualquier medio que busque promocionar la participación de los accionistas en las juntas de accionistas deberá ser promovido por la compañía, de manera tal que si un grupo de socios mayoritarios o institucionales promueve una orientación para la toma de decisiones a través del voto, respecto de los asuntos de la agenda de la junta antes que se realice, deben ser considerados. Como ya se dijo antes, no es necesariamente una forma tecnológica la que debe estatuirse, de manera tal que la publicidad sobre la posición de los socios con una participación significativa y los inversores institucionales pueda ser conocida por los demás socios.

En la actualidad la web es una buena opción para que se puedan hacer públicas las opiniones y directivas de los socios significativos e inversores institucionales ya que, además, pueden interactuar entre sí los demás socios. Publicar sus posiciones con anticipación permite llegar a las asambleas con posturas predefinidas y evita que se conviertan en un campo propicio para el debate intrascendente. Más bien promueven tomar decisiones apropiadas para el desarrollo de la empresa con un conjunto de ideas previamente debatidas.

2.6 Participación de accionistas en la asamblea

“Las sociedades, a través de los estatutos y/o el reglamento de la asamblea, implementarán los procedimientos necesarios para promover la participación activa de los accionistas en la asamblea general”.

El Reglamento de Juntas establece la forma de realización de la junta de accionistas, así como la forma de participación de los asistentes a las mismas, así:

“Art. 8.- Actos Preparatorios.- El secretario o, a falta de éste, cualquier administrador de la compañía o, en su falta, el delegado de la Superintendencia de Compañías, comenzará a formar la lista de asistentes al principiar la hora para la que fue convocada la reunión y dejará constancia de que se ha completado el quórum de instalación en el momento en que ello ocurra. Transcurrida una hora desde aquella que fue señalada en la convocatoria, sin que haya obtenido el quórum, la junta se tendrá por no realizada y el secretario o quien hiciere sus veces, dejará constancia escrita del particular.

Art. 9. Elaboración de la lista de asistente.- La elaboración de la lista de asistentes se fundamentará en el libro de participaciones y socios, al tratarse de las compañías de responsabilidad limitada, y en el libro de acciones y accionistas, al tratarse de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta. Para tales efectos los administradores deberán llevar a la junta, bajo su responsabilidad, el libro correspondiente.

A falta de la presentación de estos libros, con fundamentos en lo dispuesto en el Art. 178 de la Ley de Compañías, la elaboración de la lista de asistentes se hará a base de la presentación de los títulos de acción correspondientes, si la compañía fuera anónima, en comandita por acciones o de economía mixta. Si la compañía fuera de responsabilidad limitada, con fundamento en ese artículo y en el Art. 142 de la misma ley, tal lista se elaborará de acuerdo con las copias certificadas de las escrituras públicas respectivas.

En las compañías anónimas o de economía mixta cuyas acciones se encuentren registradas en una bolsa de valores o en otro mecanismo centralizado de negociación, la lista de asistentes también podrá basarse en la nómina que para el efecto extienda el depósito centralizado de compensación y liquidación de valores, a cuyo cargo se halle el libro de acciones y accionistas.

Tratándose de participaciones o de acciones de propiedad de cónyuges, la representación de las mismas tendrá aquel que conste inscrito como socio o accionista en el respectivo libro.

Salvo el caso de los padres que comparecieren representando a un hijo menor no emancipado, los representantes legales y convencionales de las perso-

nas naturales y jurídicas justificarán su calidad. En caso de duda, el presidente o el secretario podrá exigir la debida identificación de un asistente.

Art. 10.- Quórum de instalación.- en las compañías de responsabilidad limitada, el quórum de instalación de la junta general se formará en función del capital social. En las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, tal quórum se establecerá sobre la base del capital pagado representado por las acciones que tengan o no derecho a voto.

Art. 11.- Iniciación y continuación de la junta.- La sesión no podrá instalarse ni continuar válidamente sin el quórum señalado en la ley o en el estatuto, según se trate de primera o de segunda convocatoria a junta general de cualquier compañía sujeta al control de la Superintendencia de Compañías, o bien de tercera, en los casos expresamente previstos en el Art. 240 de la Ley de Compañías para las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta.

Art. 12.- Compañías con socio o accionista único.- En las compañías cuyas acciones o participaciones pertenezcan a una sola persona, las juntas generales se instalarán con la asistencia del socio o accionista único.

Art. 13.- Alcance del Art. 243 de la Ley de Compañías.- Las prohibiciones constantes en el Art. 243 de la Ley de Compañías, no serán aplicables en los casos en que las acciones o participaciones emitidas por la compañía pertenezcan a un solo accionista o socio. Tampoco lo serán en los casos en que todos los socios o accionistas de una compañía fueren administradores o miembros de los órganos de administración o de fiscalización.

Las prohibiciones de votar antes aludidas no se computarán, bajo ninguna consideración, como abstenciones, en el momento en que secretaría proclame los resultados de las votaciones en que tales prohibiciones tengan incidencia.

No obstante lo dispuesto en el inciso que antecede, los administradores o miembros de los órganos de administración o fiscalización que fueren socios o accionistas de la compañía podrán intervenir en las discusiones previas a las votaciones relativas a la aprobación de balances, deliberaciones inherentes a su responsabilidad u operaciones en que tengan intereses opuestos a los de la compañía.

Art. 14.- Quórum de decisión.- En las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, las decisiones se adoptarán con las mayorías previstas en la Ley de Compañías o en el estatuto, según el caso, en base a las acciones con derecho a voto y en proporción a su valor pagado. Salvo las excepciones legales, estas mayorías se computarán en relación con el capital pagado concurrente que tuviere derecho a voto.

En las compañías de responsabilidad limitada, las resoluciones se tomarán con las mayorías establecidas en la Ley de Compañías o en el estatuto, según el caso, y tales mayorías se computarán en relación con el capital social concurrente a la sesión, si así se hubiere establecido en el estatuto. De no ser éste el caso, las resoluciones se tomarán con la mayoría de socios presentes.

Adoptada una resolución con el quórum legal o estatutario, ésta tendrá validez sin que la afecte el posterior abandono de uno o más socios o accionistas que dejen sin quórum a la junta”.

Como se puede apreciar, la participación de los accionistas debe darse mientras se realiza la junta. La disminución del quórum a los límites expresados por la ley o por el estatuto de la compañía, acarrearán la nulidad de la misma.

No obstante las disposiciones reglamentarias y legales, es necesario que la participación de las accionistas tenga un asidero en el estatuto de la compañía, el mismo que deberá necesariamente contar con un apartado que garantice la asistencia y participación de los socios antes, durante y después de realizada la junta.

Por último, y como información complementaria, el Reglamento de Juntas Generales trae un conjunto de disposiciones de carácter formal que bien vale a pena anotarlos en el presente trabajo, por la utilidad que prestan para el desarrollo de las juntas de accionistas, así como por la importancia formal que revisen para el mantenimiento y respeto de las resoluciones adoptadas por los asistentes a las mismas:

“Art. 19.- Derecho a voz de los accionistas que no tengan el de voto.- En las juntas generales de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, los accionistas que no tuvieran derecho a voto, tendrán voz para hacer mociones e intervenir en las deliberaciones.

Art. 20 Mociones.- Para que una proposición pueda someterse a votación, es indispensable que tal propuesta la eleve a moción el proponente.

La moción debe votarse de inmediato, a menos que quien la propusiere la retire o acepte una modificación. Si concurriere esto último, se votará la moción original modificada.

En las compañías que tuvieren un solo socio o accionista, éste, dentro del desarrollo de la junta, tomará las resoluciones que correspondan, de acuerdo con la ley, sus reglamentos de aplicación y el estatuto respectivo. En estos casos no procederá la proposición de mociones.

Art. 21.- Proclamación de resultados.- En el acta se proclamarán los resultados de la votación, dejando constancia del número de votos a favor y en contra, del número de votos en blanco y de las abstenciones respecto de cada moción. Los votos en blanco y las abstenciones se sumarán a la mayoría numérica.

En caso de empate la moción se considerará negada, sin perjuicio a pedir que se tome nueva votación o que el asunto se trate en otra junta general. Para resolver los asuntos de competencia de la junta general no habrá voto dirimente.

Art. 22.- Constancias sobre votaciones.- Para los efectos establecidos en el literal H) del Art. 114, así como en los Arts. 215, 216,249 y 250 de la Ley de Compañías, a petición de parte, en el acta se dejará constancia del nombre y de los apellidos del o de los socios o accionistas que hubieren votado en contra de una o más resoluciones de la junta.

De la misma manera deberá incluirse en el acta de junta general la constancia de que no votaron los miembros de los órganos administrativos, de fiscalización y los administradores en general cuando en la junta general se hayan resuelto los asuntos que constan en el Art. 243 de la ley de Compañías, y no se trate del caso al que hace referencia el Art. 12 de este reglamento.

Art. 23.- Eficacia de las resoluciones.- DE cada sesión de junta general deberá elaborarse un acta redactada en idioma castellano.

Las actas podrán extenderse y firmarse en la misma reunión o dentro de los quince días posteriores a ella.

Las resoluciones de la junta general de socios o accionistas son obligatorias desde el momento en que las adopte válidamente ese órgano, pero para probarlas será necesario que el acta esté debidamente firmada, sin perjuicio de que dicha prueba pueda producirse por otros medios idóneos.

Art. 24.- Acta de diferimiento.- Si se produce cualquiera de las situaciones previstas en los dos primeros incisos del Art. 248 de la Ley de Compañías, se extenderá un acta en la que constarán las causas del diferimiento de la junta, el nombre y apellidos del socio y accionista proponente del diferimiento y la votación con que se hubiere apoyado la postergación de la junta, dentro de la cual se incluirá el porcentaje de votación que corresponda al proponente.

En el caso del inciso segundo del Art. 248 se expresará además el término que comprenderá el diferimiento.

Art. 25.- Contenido del acta de junta general.- El acta de la junta general contendrá, por lo menos:

- a) El nombre de la compañía de que se trate;*
- b) El cantón, dirección del local y fecha de celebración de la junta, y la hora de iniciación de la misma;*
- c) El nombre y apellidos de las personas que intervinieren en ella como presidente y secretario;*
- d) La transcripción del orden del día, el señalamiento de la forma en que se realizó la convocatoria y la constancia de que los comisarios fueron convocados cuando corresponda. Si se tratase de junta reunida de conformidad con el Art. 238 de la Ley de Compañías, el orden del día acordado;*
- e) Indicación del quórum con el que se instaló la junta;*
- f) La relación sumaria y ordenada de las deliberaciones de la junta, así como de las resoluciones de ésta;*
- g) La proclamación de los resultados, con la constancia establecida en el Art. 21 de este reglamento;*
- h) La aprobación del acta, si se la hiciera en la misma sesión; e,*
- i) Las firmas del presidente y secretario del ajunta.*

En el caso previsto en el Art. 238 de la Ley de Compañías, el acta llevará, bajo sanción de su nulidad, las firmas de todos los socios o accionistas asistentes a la reunión.

Art. 26.- Formas de llevar las actas.- Las actas de las juntas generales se llevarán en un libro especial destinado para el efecto o en hojas móviles escritas manualmente, a máquina o en ordenadores de textos. En estos casos se asentarán en hojas foliadas a número seguido, escritas en el anverso y en el reverso, en las cuales las actas figurarán una a continuación de otra, en riguroso orden cronológico, sin dejar espacios en blanco en su texto y rubricadas una por una por el Secretario.

Art. 27.- Contenido del expediente.- De cada junta se formará un expediente que contendrá:

- a) En las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, la hoja del periódico en que conste la publicación de la convocatoria y, cuando fuere del caso, el documento que pruebe que la convocatoria además se hizo en la forma que hubiere previsto el estatuto.*

En las compañías de responsabilidad limitada, las hoja del periódico en que conste la publicación de la convocatoria o el documento que demuestre que ésta se hizo en la forma que manda el estatuto, según corresponda;

- b) Copias de las convocatorias dirigidas a los comisarios u órganos de fiscalización, si fuere del caso, citándoles a la junta;*
- c) La lista de los asistentes con la determinación de las participaciones o acciones que representen y, en este último caso, el valor pagado por ellas y los votos que le corresponda;*
- d) Los nombramientos y poderes de representación entregados para actuar en la junta;*
- e) Copia del acta certificada por el secretario de la junta dando fe de que el documento es fiel copia del original; y,*
- f) Los demás documentos que hubieren sido conocidos por la junta”.*

2.7. Utilización de medios para convocatoria y toma de decisiones

“Se fomentará la utilización de medios electrónicos, tanto para la emisión del voto a distancia de los accionistas sobre los puntos de la agenda”.

La legislación no ha provisto mecanismos electrónicos para la convocatoria, pero no prohíbe que, además de la convocatoria por la prensa, los estatutos puedan considerar la utilización de medios electrónicos para realizar válidamente la convocatoria, por lo que pue-

den, en este instrumento, fijarse formas de convocatoria como las que alienta el CABGC.

“El directorio establecerá mecanismos necesarios para computar como presentes a los accionistas que emitan su voto a distancia.”

Dado el avance de la tecnología, así como la importancia que adquiera la inversión foránea en las economías, la posibilidad de que los socios puedan votar en la asamblea a distancia adquiere mucha importancia. De allí que, cumpliendo con la instalación física de la junta en el lugar del domicilio de la compañía, no se ve la dificultad de que la misma se pueda realizar interconectada con los socios que por cualquier motivo no puedan estar presentes físicamente en la asamblea.

Sin embargo de lo anterior, la dificultad se presentaría en la emisión exclusivamente del voto, sin conocer por parte del accionista el desarrollo de la asamblea, ya que la orientación de su voto no sería completa, sin conocer los pormenores del desarrollo de la junta.

Esta opción debería ser considerada en los estatutos de la compañía, siempre y cuando la interconexión del socio para asistir y para votar sea en línea, ya que de otra manera se podrían presentar dificultades al momento de constatar el quórum necesario para la toma de decisiones.

2.8. Delegación del voto

“Las sociedades promoverán mecanismos transparentes de delegación del voto, admitiendo la agrupación de los minoritarios, y expresamente prohibirán la delegación de voto a favor del directorio, sus miembros de la alta dirección”.

Los mecanismos de representación para participar en las asambleas generales están dadas en el Reglamento de Juntas Generales: *“Art. 15.- Representación mediante poder.- Los socios o accionistas podrán hacerse representar en la junta general por otra persona, mediante poder general o especial, incorporado a instrumento público o privado.*

Art. 16.- Indivisibilidad de la representación.- La representación es indivisible y por lo tanto no podrá concurrir, deliberar y votar en junta más de un

representante por el mismo representado. Tampoco podrán concurrir a la junta el representante y el representado, a menos que este último lo haga representando los derechos de un tercero.

Los socios o accionistas que estuvieren representados pueden, en cualquier momento, incorporarse a la junta general y reasumir directamente el ejercicio de sus derechos; en tal caso, no podrán modificar el voto ya emitido a su nombre por su representante, salvo que la junta haya resuelto la reconsideración del asunto correspondiente”.

Art. 17.- Contenido del instrumento privado de representación.- El instrumento privado por el cual el socio o accionista encargue a otra persona que le represente en junta general se dirigirá a quien se indique en el estatuto y, en silencio de éste, al gerente y, a falta de éste, al representante legal de la compañía.

Dicho instrumento contendrá, por lo menos:

- a) Lugar y fecha de emisión;*
- b) Nombre de la compañía de que se trate;*
- c) Nombre y apellidos del representante. Si éste fuera persona jurídica, su nombre y el nombre y apellido de su representante legal. Se agregará copia certificada del nombramiento de dicho representante;*
- d) Determinación de la junta o juntas respecto de las cuales se extiende la representación; y,*
- e) Nombre, apellidos y firma autógrafa del socio o accionista y, si fuere del caso, de su representante legal o apoderado.*

Si el instrumento privado lo extendiere un apoderado, se acompañará a él copia certificada del poder que le permita conferir la delegación.

Art. 18.- Prohibiciones para el ejercicio de la representación convencional.- Los comisarios, los administradores y los miembros principales de los órganos administrativos y de fiscalización no podrán ser designados representantes convencionales de un accionista en la junta general de la compañía anónima, en comandita por acciones y de economía mixta. Tampoco podrán serlo sus suplentes cuando hubieren intervenido por los principales durante el ejercicio económico cuyas cuentas o informes vayan a ser objeto de conocimiento y resolución de la junta general.

No se estará a esta prohibición si la compañía fuere de responsabilidad limitada.

Esta prohibición no comprende a los representantes legales de los socios o accionistas”.

Como se puede apreciar, las formas de representación son claras, incluso pueden requerir de instrumento público, además de que se cumple con el requerimiento de que no se pueda delegar a los miembros de la administración para asistir y votar en las juntas de socios.

“Las sociedades promoverán que las delegaciones de voto incluyan la agenda de la asamblea general de accionistas y el sentido del voto para cada propuesta de acuerdo, y prohibirá las delegaciones del voto en blanco”.

Una disposición que de alguna manera tienda a presidir el voto de quien representa al accionista no consta en nuestra legislación y, personalmente, me aparto de los lineamientos del proyecto de Código Andino de Buen Gobierno Corporativo, ya que, como se verá en el siguiente apartado, de un lado se promueve la presencia de asesores externos que ayuden a la toma de decisiones, es decir a la discusión amplia y orientada hacia la toma de decisiones, mientras que por otro lado se busca que quien tenga una delegación es ésta conste la orientación de las decisiones que el delegado deba tomar, lo que produce un sujeto de voto, y no de discusión y orientación para la junta.

Respecto del voto en blanco, creo que se debe prohibir la delegación del voto que las contenga nuestra legislación, porque como mencionamos, obliga a que la agenda sea conocida con anticipación y la delegación no se la otorga exclusivamente para votar, sino adicionalmente para participar en todas y cada una de las discusiones que se den en la asamblea.

Es cierto que la amplitud de una delegación podría eventualmente ocasionar que el socio al final no sea respetado en la orientación de las decisiones por parte del representante, pero evitar que esto suceda se encuentra en manos del socio, quien debe nombrar representante a una persona que reúna los requisitos de confianza, de manera que sus intereses estén adecuadamente representados.

2.9. Presencia de ejecutivos y asesores externos en la asamblea

“Se fomentará y facilitará la asistencia a la asamblea general de accionistas de todos aquellos ejecutivos o asesores externos que con su presencia y explicaciones a los accionistas contribuyan a facilitar la comprensión y clarificación de los temas a tratar”.

El segundo inciso del Art. 16 del Reglamento de Juntas Generales dispone: *“Podrá el socio o accionista asistir a la junta acompañado, en total, de dos asesores legales o económico-financieros, pero ninguno de estos podrá intervenir en las discusiones que promovieren durante la reunión, ni votar en ellas a nombre de su asesorado”.* De esta manera, la legislación ha previsto la presencia de asesores. Desgraciadamente se habla apenas de aspectos económicos y legales, cuando los requerimientos en una junta inclusive pueden ser de carácter técnico sobre la o las actividades que desarrolla la compañía para el cumplimiento de su objeto social; es decir, puede ser de aspectos de alta tecnología, de aplicación industrial, de posibilidades de nuevos servicios, etc. Además de que sólo se da ese derecho a los accionistas, no se lo otorga a la administración, la misma que, para explicar el alcance, ya sea de nuevos proyectos o de inversiones realizadas, necesita del concurso de esos asesores. Sería, entonces, necesario modificar la legislación en ese sentido.

3. El Directorio

La opción administrativa del directorio que adopta el CABGC es la del sistema anglosajón de administración de las compañías por acciones *board of directors*. De esta manera, lo que doctrinalmente es conocido como la administración por mandatarios queda al margen de la administración ordinaria de la sociedad, para trasladarnos a la teoría organicista en la cual la junta general, el directorio, las gerencias, etc. se constituyen en verdaderos órganos de la compañía.

Cabe notar que nuestra legislación, si bien se orienta dentro de la teoría napoleónica del mandato, no considera una forma obligatoria de organización de la administración de la compañía, por lo que bien es viable la administración por directorios de las compañías, siempre y cuando en los estatutos de las mismas se precise esta forma de organización de la administración. De otro lado, está condicionado a que

se mantenga la titularidad en una persona de la representación legal. Así lo determinan varias normas vigentes como el Código Tributario:

“Art. 27.- Responsable por Representación.- Para los efectos tributarios son responsables por representación....

2. Los Directores, Presidentes, Gerentes o Representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad legalmente reconocida;...

La responsabilidad establecida en este artículo se limita al valor de los bienes administrados y al de las rentas que se hayan producido durante su gestión.”

Ley de Compañías:

“Art. 252.- La Superintendencia de Compañías no aprobará la constitución de una compañía anónima si del contrato social no aparece claramente determinado quién o quienes tienen su representación judicial y extrajudicial. Esta representación podrá ser confiada a directores, gerentes, administradores u otros agentes. Si la representación recayere sobre un organismo social, éste actuará por medio de un presidente”.

Específicamente –y dentro de una orientación que vincula el interés social con el interés del público inversionista, los acreedores y los accionistas no participantes- se inscriben los principios de buen gobierno corporativo “Corporate Philosophy”, que expresa el CABGC de la CAF, el cual es traído de la doctrina jurisprudencial norteamericana, que entiende que los directores no deben velar exclusivamente por el interés de los socios, sino también por los “*inversionistas futuros, de los empleados y los consumidores*” (1)

3.1. Obligación de establecer directorio

“Las sociedades, cualquiera que fuera su tipo societario, deberán tener un directorio con un número de miembros que sea suficiente para el adecuado desempeño de sus funciones”.

¹ UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA “Derecho Societario Texto Guía” LOJA-ECUADOR p.p.485

El establecimiento de un directorio, de manera independiente del tipo de compañías de que se trate, es realmente una innovación en nuestra costumbre societaria. Sin embargo, no creo que sea aplicable al universo societario, dependiendo de factores como: si los aportes de los socios son suficientes para no depender de un apalancamiento financiero externo, si la compañía participa o no en la bolsa de valores, del número de accionistas o socios, etc. En esos casos podría o no tener un órgano de administración que, como lo plantea el CABGC, es obligatorio.

Personalmente considero que toda compañía que por su actividad, por sus fuentes de financiamiento, por la estructura de su conformación, etc., represente la posibilidad de que el interés social sea preponderante frente al de sus socios o accionistas, deberá necesariamente contar con un directorio. Si partimos de que los directores no actúan en representación de los accionistas (mandato), sino que administran y representan a la compañía por el interés social como órgano colegiado independiente de quienes los eligieron, entonces encontramos que, dependiendo del interés social, las compañías deben o no tener un directorio. En el caso chileno, por ejemplo, por disposición de la Ley de Sociedades Anónimas, estas deben necesariamente contar con un directorio.

El directorio, en el caso ecuatoriano, debería ser obligatorio para las siguientes compañías:

- 1.- Las sociedades anónimas.
- 2.- Las compañías de economía mixta.
- 3.- Los bancos e instituciones financieras.
- 4.- Todas las demás que operen cualquier tipo de instrumentos de financiamiento público o privado a través del mercado de valores.

Esta obligatoriedad debería expresarse en la respectiva legislación societaria y de mercado de valores, ya que la legislación financiera sí lo considera:

Ley General de instituciones del Sistema Financiero:

“Art. 30.- La administración de las instituciones del sistema financiero privado estará a cargo del directorio o del consejo de administración, según corresponda, y más organismos que determine su estatuto.

Los miembros del directorio serán civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el cumplimiento de sus respectivas atribuciones y deberes”.

3.2. Funciones del Directorio

“Los estatutos deberán fijar las funciones de supervisión, evaluación y estrategia del director, que serán indelegables”.

En la estructura de la empresa, luego de la junta de accionistas, deberá necesariamente constar como órgano de administración el Directorio y las funciones del mismo serán de:

- Supervisión: Cuidar el cumplimiento de todos y cada de uno de los aspectos relevantes de las actividades que los distintos órganos inferiores de la compañía deben realizar, para el cumplimiento del objeto social de la compañía; especialmente aquellos relacionados con la comunicación e información con accionistas y demás grupos de interés.
- Evaluación: La recomendación explicativa de este punto del documento de CAF sobre gobierno corporativo recomienda que sea el directorio el que seleccione, nombre, evalúe y controle la alta gerencia de la compañía, y no el ejecutivo principal. Entonces, las tareas relacionadas con evaluación por parte del directorio se dirigirán a la alta gerencia, lo cual es lógico, ya que si el ejecutivo principal es quien se relaciona directamente con los demás componentes de la alta gerencia no es adecuado que sea este mismo quien evalúe su desempeño; alguna manera se convierte en juez y parte. Así, el Directorio debe mantener la función evaluadora de la compañía.
- Estrategia: si la junta de accionistas resuelve determinado conjunto de planes y proyectos, estos deben ser acatados por los demás órganos de la administración societaria, correspondiéndole al directorio el señalar las estrategias para lograr su cumplimiento. Además de las disposiciones que emanen de la junta, el directorio debe señalar constantemente las estrategias empresariales, respecto a: presupuesto, estrategias corporativas, planes y políticas generales de la

compañía, prácticas de gobierno corporativo, evaluación de altos directivos, riesgo, etc.

3.3. Deberes del Directorio

“El directorio deberá velar por la integridad de los sistemas de contabilidad, el establecimiento de sistemas de control de riesgos y, en particular las operaciones –off-shore-“

Las obligaciones del directorio planteadas, si bien son las más importantes, no es menos cierto que no serán las únicas, ya que los deberes van más allá de temas y sistemas operativos. El directorio debe ser un organismo con capacidad de decisión para orientar la administración de recursos humanos, materiales y financieros que, en conjunto, permitan un sano desarrollo empresarial, frente a inversionistas, proveedores, accionistas, gobierno y, en fin, con toda la sociedad.

Los deberes que manda el CABGC:

- a) Velar por la integridad de los sistemas de contabilidad: Los sistemas contables se encuentran en nuestro país regidos por los principios de contabilidad de general aceptación, así como por sus correspondientes internacionales. La integridad de los mismos se encuentra regida por las auditorías internas y externas, las cuales deben ceñirse a los principios nacionales e internacionales de auditoría.

El directorio deberá velar por su cumplimiento, para de esta manera reflejar la realidad del conjunto de operaciones que la compañía ejecuta en cumplimiento de su objeto social. Veamos lo que dispone la Ley de Compañías sobre la contabilidad en general: *“Art. 294.- El Superintendente de Compañías determinará mediante resolución los principios contables que se aplicarán obligatoriamente en la elaboración de los balances de las compañías sujetas a su control”.*

- b) Establecer sistemas de control de riesgos: Toda actividad humana está expuesta a contingencias que pueden, en determinados casos, dar al traste con los objetivos que se trate de conseguir. En el caso de las empresas, ya sea por las intrínsecas características de las actividades que desarrolla como por las amenazas externas, no sólo

provenientes de la naturaleza sino por el conjunto de riesgos que las rodean, es necesario prever y minimizar sus consecuencias.

En ese sentido, la planificación del riesgo como herramienta de desarrollo empresarias tiene vital importancia para que la empresa pueda proyectar y ejecutar el conjunto de proyectos que constituyen su esencia económico-social. Entonces, recaen en la responsabilidad del directorio; para afrontar cualquier contingencia debe establecer políticas y procedimientos claros, preventivos, correctivos y de acción inmediata frente a los riesgos, para lo que deberá considerar sistemas de control interno y de información permanente y adecuada.

- c) Control de operaciones off shore: De existir en la compañía, deberán seguir estrictos sistemas de control interno, procedimientos adecuados y establecer, de manera anticipada, mecanismos que permitan detectar posibles anomalías en su operación. Las políticas, mecanismos de control y formas de intervención sobre este tipo de operaciones deberán ser impuestas por el directorio.

Los principales deberes del directorio deberán ser clara y explícitamente determinados, ya sea en los estatutos sociales de la compañía o en el reglamento de funcionamiento del directorio. Los demás deberes están determinados en la Ley de Compañías, respecto de los administradores de las mismas.

3.4. Organización y funcionamiento del directorio

“Las sociedades deberán contar con un reglamento de Régimen Interno de Organización y Funcionamiento del Directorio, de carácter vinculante para sus miembros y cuya trasgresión acarree sus responsabilidad”.

Este es un punto importante para destacar en la clase de responsabilidad de los directores frente a la compañía. Se trata de una obligación de carácter contractual o legal; si se trata de la primera, para que opere la responsabilidad de ejecutará cuando el deudor se constituya en mora, y, si es legal, será de carácter permanente sin que exista un límite al monto de los perjuicios. Sin embargo, y dada la naturaleza legal del vínculo que establece la Ley de Compañías, en el caso ecuatoriano la responsabilidad de los miembros del directorio será la del mandatario

respecto del mandante, ya que se asimila la administración de la compañía al mandato.

Por lo antedicho, es necesario introducir una reforma a la Ley de Compañías, que determine que la relación entre la compañía y sus administradores sea la que señale el nombramiento del administrador.

Por lo demás, el establecimiento del régimen interno puede darse a través de un reglamento, como lo dice el principio del CABGC, o determinado en los estatutos de la compañía, en el capítulo que necesariamente deberá regir la relación de la compañía con los directores.

“Los estatutos determinarán el número mínimo y máximo de miembros del directorio que permita una eficaz administración y gobierno de la compañía, y la participación activa de los directores que representen a los accionistas significativos (directores externos no independientes)”.

El número de directores deberá constar en el estatuto de la compañía. Para ser nombrados por la junta, la cantidad de miembros deberá constar en una disposición que sea la misma en la que se determinaran las facultades de los directores. Esta disposición también es la misma que la aplicada para nombrar ese órgano administrativo. El número deberá ser variable, según este principio del CABGC, estableciéndose mínimos y máximos. No coincido con esta posibilidad, porque los estatutos de la compañía deben decidir un número de directores.

La segunda parte de este principio ya establece el nombramiento de los directores correspondientes con un conjunto de accionistas representativos, a los mismos que denomina directores externos no independientes, los cuales, dentro del directorio, cumplirían roles de defensa de los intereses de sus representados, ya que al ser dependientes probablemente serán un vínculo entre el Directorio y aquellos accionistas.

“El directorio podrá estar integrado por directores internos y externos, que podrán ser independientes o no independientes. En el nombramiento de los directores se tratará de reflejar al máximo la estructura accionarial de la sociedad. El directorio podrá estar formado en su totalidad por directores externos, que en todo caso serán siempre una amplia mayoría”.

Aquí cabe mantener la distinción que establece el documento de la CAF:

- Directores internos o ejecutivos: son aquellos con competencias ejecutivas y funciones de alta dirección de sus compañías o de sus participadas.
Directores externos: son aquellos que, sin estar vinculados a la gestión de la compañía, representan el conjunto de los intereses generales y difusos que concurren en ella, así como el de accionistas significativos.
Directores no independientes: (directores externos) son aquellos propuestos por quienes sean titulares de participaciones significativas y estables en el capital de la compañía.
Directores independientes: (directores externos) son aquellos de reconocido prestigio profesional que puedan aportar su experiencia y conocimiento para la mejor gestión de la compañía, no incluidos en las dos categorías anteriores.

La composición del directorio, además, deberá tener una mayoría de directores independientes, lo cual garantiza un equilibrio entre los objetivos de los socios y el profesionalismo necesario para cumplir los objetivos empresariales.

La aplicación para todas las clases de sociedades, como se recomienda, puede tener graves obstáculos cuando se trata de sociedades familiares cerradas.

La composición predominante familiar debe tener un componente alto de personas que, perteneciendo al grupo familiar, tengan una alta preparación profesional o una vasta experiencia en el manejo de la compañía.

Tratándose de empresas abiertas y listadas en bolsa, la preponderancia de directores profesionales debería considerarse como una ventaja, ya que el interés social vinculado a este tipo de empresas es alto. Debe advertirse, adicionalmente, que es preferible que los directores no tengan entre sí relaciones de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni sean cónyuges.

A mi entender, hace falta una categoría de miembros del directorio y es aquella de representación de las minorías. Si se busca, en general, que se dé una protección a los intereses de las minorías, al menos un miembro del directorio debería ser nombrado por una minoría calificada en los estatutos sociales de la empresa.

“Los directores deberán elegirse por un procedimiento formal y transparente, definido por el Reglamento de Régimen Interno de Organización y Funcionamiento del Directorio, correspondiendo a la Comisión de Nombramientos y Retribuciones la propuesta inicial de los candidatos”.

Aquí se expresan dos situaciones: una, la formalidad que debe existir en la legislación interna de la compañía para los nombramientos; la segunda es la necesidad de contar con una comisión de nombramiento y retribuciones que proponga la composición del directorio, la misma que nace del seno del directorio mismo.

Al respecto, la reglamentación debe ser lo suficientemente clara para que no existan dudas de ninguna clase al momento de aplicarlas ya que, de otra manera, las mayorías en la junta pueden imponer su voto sobre las recomendaciones de la comisión.

De otro lado, la valoración sobre la independencia de los directores debe estar fundamentada y regulada de manera tal que no pueda, en la comisión de nombramientos, proponer candidatos que no cumplan con los requisitos de profesionalismo y experiencia requeridos o que tengan intereses velados que, de alguna manera, presenten rasgos de vinculación entre sí o con los grupos ya representados por disposición normativa.

Se deberá considerar como parámetro para el nombramiento de directores lo establecido en la Ley de Compañías como prohibición: *“Art. 258.- No pueden ser administradores de la compañía sus banqueros, arrendatarios, constructores o suministradores de materiales por cuenta de la misma”.*

Para desempeñar el cargo de administrador precisa tener la capacidad necesaria para el ejercicio del comercio y no estar comprendido en las prohibiciones e incompatibilidad que el Código de Comercio establece para ello”.

3.5. Directores independientes

“La sociedad podrá designar como directores independientes a aquellas personas que cumplan con los requisitos de trayectoria profesional, honorabilidad y absoluta desvinculación con la compañía o su personal, y promoverá su carácter independiente mediante declaración pública suscrita tanto por el propio director designado como por el directorio en relación a su independencia”.

Los criterios de independencia, como lo dijimos en el párrafo anterior, deben estar reglados; es decir, que los requisitos deban ser cubiertos ampliamente por los candidatos a directores. Así, se deben cuidar criterios de relación con los administradores y socios, relacionados laborales recientes directas e indirectas, participación en directorios de compañías relacionadas, de gestión, de vinculación con compañías con intereses en la compañía en la que vaya a ser nombrado, las de parentesco anotadas y el carecer profesional del cargo.

El principio exige una declaración de independencia de los directores, la misma que debe ser pública.

En nuestro medio, para que se cumpla esta condición, debería realizarse una declaración ante notario público en el sentido exigido, que pueda ser debidamente comprobada y la consecuencia de su falsedad castigada penalmente, como lo establece la normativa penal nacional para estos casos, ya que se trata no solo de una declaración falsa, sino que acarrea la falsedad intelectual de un instrumento público.

3.6. Cese de funciones de los directores

“Los estatutos fijarán las causales por las que se pueda cesar a los directores así como su obligación de dimitir inmediatamente cuando dejaran de cumplir las condiciones para su designación o puedan causar un daño al prestigio o buen nombre de la compañía”.

El cese de los directores, si bien debe estar debidamente reglado, es decir que se deben establecer las causales para su remoción, requiere considerar lo expuesto en la Ley de Compañías. El Art. 234, en su segundo inciso dispone: *“La junta general ordinaria podrá deliberar sobre la suspensión y remoción de los administradores y más miembros de los organismos*

de administración creados por el estatuto, aun cuando el asunto no figure en el orden del día". Y, siendo el directorio un órgano de la administración, entonces esa facultad de la Junta debería restringirse a las causales establecidas por medio de una disposición estatutaria.

Por otro lado, al establecer el conjunto de causales para remoción de los miembros del directorio, se debe considerarlas en relación ya sea con probables vicios del consentimiento al momento de elegirlos o por situaciones generadas durante el ejercicio de dirección, lo cual debe ser determinado por la comisión de nombramientos, sin embargo de lo anterior, la Asamblea, en conocimiento de la incursión de uno o más miembros del directorio de las causales establecidas, podrá ejercer el derecho mencionado en el Art. 234.

El texto de la CAF menciona cuatro casos de cese:

- 1.- Si fueran ejecutivos, en cuanto cesen en los puestos a los que estuviese asociado su nombramiento como director.
- 2.- Cuando se vean incursos en alguno de los supuestos de incompatibilidad o prohibición legalmente previstos.
- 3.- En los supuestos en que su permanencia en el directorio pueda afectar negativamente su funcionamiento o al crédito y reputación de la compañía en el mercado, o pueda poner en riesgo los intereses de la misma.
- 4.- En el caso de un director no independiente, cuando el accionista cuyos intereses accionariales represente en el directorio se desprenda de su participación en la compañía.

La anterior casuística no distingue entre remoción y cese: la primera como penalidad y la segunda como consecuencia de haberse concretado una condición previamente propuesta, ya sea dada por el tiempo o superviniente. Así, en los casos del numeral 1 el cese del director se da porque se ha cumplido el plazo para su ejercicio, y en el 4 por un acto de superviniente, ya que el desprendimiento de las participaciones del accionista en la compañía no es imputable al director. Los casos de los numerales 2 y 3, en cambio, son una sanción evidente y la remoción del

cargo es un castigo por haber incurrido en los casos previstos. Sin embargo que en el numeral 2 puede también generarse en hecho superviniente, como el caso de matrimonio entre dos directores o entre un director y el hermano(a) de otro.

Por ello es necesario, inclusive en función de determinar responsabilidad, distinguir las causas del cese entre causales propias de la función, supervinientes sin responsabilidad del director y aquellas que acarrear consecuencias de responsabilidad legal.

“El alcance de los deberes de fidelidad, lealtad, no competencia y secreto quedarán recogido en los estatutos sociales”.

Si bien existe una normativa en las legislaciones penal, laboral, de propiedad intelectual, societaria, etc., respecto de la debida fidelidad, lealtad, no competencia y secreto, no es menos cierto que se la debe replicar en la medida de lo necesario, e inclusive puntualizando determinadas infracciones a las mismas, en los estatutos sociales.

Los deberes provenientes de las debida lealtad, fidelidad, competencia y secreto son una de las condiciones éticas necesarias que deben los directores a la compañía. Aquí cabría adicionalmente mencionar el uso de información privilegiada; estos requisitos éticos garantizan, de alguna manera, el éxito empresarial, no cabe siquiera en la imaginación que los miembros del principal órgano de la administración atenten contra estos principios básicos. Pero las experiencias mundiales hacen prever la posibilidad del rompimiento de estos deberes básicos, por lo que en prevención de cualquier posibilidad de un atentado por parte de miembros del directorio, es necesario que la legislación interna de la compañía establezca sanciones a su infracción.

Veamos la manera como el documento de la CAF, que propone los principios del CABGC, define a cada uno de ellos:

Deber de diligencia o fidelidad. El director deberá cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como el interés de la compañía, que será el de la creación de valor en beneficio de los accionistas.

Deber de lealtad: Los directores deberán obrar de buena fe en interés de la compañía, con la honestidad y la escrupulosidad del gestor de negocios ajenos. No podrán servirse del nombre de la compañía o de su cargo en la misma para realizar operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas, ni utilizar sus facultades para fines distintos de aquellos para los que han sido nombrados.

Ningún director podrá realizar en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la compañía, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio de su cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la compañía o éste tuviera interés en ella, siempre que la compañía no haya expresamente desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del director interesado.

El director no podrá ni cobrar comisiones por la celebración de contratos entre la compañía y sus proveedores ni tampoco por la prestación de los servicios a terceros.

Deber de no competencia: Este deber se descompone en una doble obligación de información y de la imposibilidad de la prestación de servicios a la competencia en un plazo determinado desde el momento del cese.

Los directores deberán comunicar la participación accionarial o de negocio que tuvieran en el capital de las compañías de la competencia, así como los cargos o las funciones que ejerzan y la realización, por cuenta propia o ajena, de actividades análogas al objeto social de la compañía.

Los estatutos podrán establecer que el director que cese en el cargo no podrá aceptar su designación como director de otra compañía de la competencia, durante un período de dos años a contar desde que se produzca el cese, salvo autorización expresa del directorio de la empresa que cesa, y sin perjuicio de lo que, para estos casos pudieran establecer las normas aplicables.

Deber de secreto: Los estatutos deberían establecer las reglas de secreto aplicables a los directores que, como mínimo, han de incluir.

Los directores, en el ejercicio de su cargo y después de cesar en él, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, datos o antecedentes que conozcan como consecuencia de su cargo. Salvo lo que prevean las leyes, la información señalada no podrá ser comunicada o divulgada.

El director no podrá utilizar información no pública de la compañía con fines privados, si no media un acuerdo previo con el directorio.

3.7. Directores y grupos de interés

“Los directores tendrán que declarar todas las relaciones, directas o indirectas, que mantengan entre ellos, con la sociedad, con proveedores, clientes o cualquier otro grupo de interés, de las que puedan derivarse situaciones de conflicto de interés o influir en la dirección de su opción o voto”.

La búsqueda de transparencia en las tareas del directorio trae consigo esta nueva declaración que, a mi entender, debería otorgarse igual que las de vinculación por medio de instrumento público; en la actividad empresarial estas relaciones pueden ser supervinientes, razón por la cual la declaración no es suficiente, debido a que los conflictos de interés pueden presentarse en el momento menos previsto, ya que en el tiempo, por ejemplo, la compañía A de la que el hermano de B es su presidente, presenta una oferta de servicios para un proyecto concreto.

De allí que la previsión de la declaración no puede contener todas las posibilidades de orientarse conflictos de interés, exclusivamente se deberá declarar sobre aquellos conflictos evidentes al momento de aceptar el cargo de director.

“Los estatutos de la sociedad deberán prever el manejo de las situaciones de conflicto de interés incluyendo la obligación de los directores afectados de ausentarse o inhibirse en las deliberaciones y en las votaciones sobre este tipo de situaciones u operaciones asociadas a estas”.

En prevención de lo anterior, la propuesta de normativa andina sobre gobierno corporativo deduce la necesidad de que consten en los estatutos sociales disposiciones sobre cómo actuar cuando ya se presentan tácticamente los conflictos de interés, generando mecanismos mo-

mentáneos de separación del director de la temática que deba ser tratada, discutida y/o decidida por el directorio.

En la casuística de conflicto de intereses, el discurso de documento de la CAF menciona un nuevo tipo de director, el cual es una persona jurídica, lo que nos quiere decir que será a través de su representante legal que participe en el directorio o a través de la persona que éste o la junta general o el directorio de la otra compañía designe y participe en las reuniones del directorio. El conflicto de intereses puede presentarse ya sea con la persona jurídica o con su representante ante el directorio. La resolución de este tipo de conflictos de interés debe ser igual a la que se propone para las personas naturales, es decir, si el conflicto es con la persona jurídica deberá separarse momentáneamente del directorio la representación de la persona jurídica; y, si el conflicto es personal del representante ante el directorio, la solución podría darse solicitando a la persona jurídica que para el tratamiento de la temática conflictiva nomine otro representante y se excuse de asistir.

Las posibilidades de que ocurran los casos antes descritos deben constar de manera clara en los estatutos sociales o en el reglamento interno de funcionamiento del directorio.

3.8 Información al directorio

“Se reconocerá expresamente el derecho del director con antelación suficiente la información concreta de los asuntos a tratar en las reuniones del directorio, así como la posibilidad de recurrir al posible auxilio de expertos externos o internos”.

Este tema se divide en dos partes: por una, el derecho a la información a los directores, el mismo que es concomitante con la obligación del directorio de informar, ya que si el director no tiene la información suficiente y oportuna antes de realizarse las juntas directivas, mal puede informar y decidir acerca de temas sobre los cuales no está suficientemente instruido; y, por otra, el derecho de acudir a expertos externos e internos para inteligenciarse de aquellos temas que por su complejidad no los conoce, o posee insuficiente información o conocimiento.

No obstante, es deber del director recabar la información que crea oportuna y necesaria para las reuniones del directorio. Es necesario

recalcar la obligación que tiene el ejecutivo principal o los departamentos de la empresa de proveer de esa información a los directores. Al respecto el documento en referencia expresa:

En concreto, y con el carácter mínimo, los estatutos deberán recoger el derecho de los directores a:

- a) Recabar información sobre cualquier aspecto de la compañía, examinar sus libros, registros, documentos, contactar con los responsables de los distintos departamentos y visitar las instalaciones, siempre que así lo exija el desempeño de sus funciones, salvo que se trate de información especialmente confidencial y de acuerdo con la disponibilidad de la gerencia de la compañía.
- b) Obtener y disponer de información acerca de los asuntos a tratar en cada sesión del directorio con antelación suficiente, y en forma debida, salvo asuntos que excepcionalmente requieran una especial confidencialidad de modo que sea informado durante el transcurso de la reunión del directorio.

Respecto del auxilio de expertos internos o externos, este derecho deberá ser ejercido a través de decisiones del directorio, ya que el asunto sobre el que se busca el auxilio que debe ser prestado por expertos externos puede tener costos tan elevados para la compañía que, de contratarlos, el beneficio frente al costo pueda ser lesivo para la compañía; o, de ser prestados por los expertos internos, los temas a tratarse sean de confidencialidad y por lo tanto no deban ser conocidos por quienes prestan sus servicios para la compañía.

3.9. Retribución de los directores

“Los estatutos recogerán las reglas para la fijación y transparencia de la retribución de los directores.

La asamblea general de accionistas fijará la política de retribución, siempre previa propuesta razonada del directorio, que, como norma general, deberá contemplar mecanismos mixtos, vinculando una parte de la retribución a componentes variables en función del desempeño empresarial. La comisión de nombramientos y retribuciones fijará la retribución concreta de cada director”.

La consideración política de la retribución de los directores deberá ser adoptada por la junta general de accionistas, en base de las disposiciones que al respecto contemple el estatuto. Las remuneraciones las propone el propio directorio en base al principio de que el directorio debe estar suficientemente remunerado. La recomendación de las medidas del CABGC instruyes sobre remuneraciones mixtas basadas en un ingreso fijo y en el desempeño empresarial. Esta forma de retribución a los directores tiene una gran ventaja sobre las remuneraciones fijas e invariables o las basadas exclusivamente en el desempeño, ya que cuando no consideran el desempeño empresarial pueden ser lesivas para la empresa –ya que el ingreso de los directores es tan elevado frente al desempeño empresarial que constituyen una carga insoportable- o cuando solo se las fija en función del desempeño empresarial, el cumplimiento de los objetivos de la empresa son forzados, no interesa lo que quede en el camino con tal de cumplir los mínimos establecidos y se puede caer en vicios frente a las remuneraciones del personal, el uso de insumos no adecuados a la calidad de los productos o servicios que presta la empresa o, en definitiva, un conjunto de posibilidades que pueden afectar en el tiempo el mismo desempeño empresarial y el prestigio de la sociedad.

En lo práctico, la propuesta recurre a la comisión de nombramientos y remuneraciones para que se fije la retribución de cada director, lo cual también es acertado, ya que la junta general fija políticas de remuneración y la comisión puede, dentro de la amplitud de la política señalada por la junta general de accionistas, negociar la remuneración individual de cada director.

Sucedde, sobre todo en las empresas del Estado ecuatoriano, que las remuneraciones de los directores son fijas e iguales para cada miembro del directorio, no importa el grado de profesionalismo ni la dedicación a la empresa. Esto acarrea consecuencias funestas para las empresas, que finalmente terminan decidiendo lo que le interesa al gobierno de turno; amén de que los nombramientos están determinados legalmente por delegación del cargo que ocupan en la burocracia, o porque quien debe nominar representantes personales es el presidente de la República o un ministro de Estado o algún burócrata de alto rango, lo que genera que los directorios de este tipo de empresas se conformen con el primer amigo u *“hombre de confianza”* que aparezca en el *“lugar y momento oportuno”*.

De allí que no es raro que a cargos de dirección hayan accedido los parientes más cercanos de esos funcionarios públicos, los guardaespaldas de connotados políticos y hasta las “damiselas” que acompañaron al funcionario en la juerga de la noche anterior al nombramiento.

“La retribución de los directores será transparente. El informe anual de gobierno corporativo incluirá la información de la remuneración por todos los conceptos percibida por el conjunto de los directores”.

Como ya lo mencionamos, uno de los principios de buen gobierno corporativo es la transparencia, la misma que debe aplicarse en lo posible a todos los ámbitos del quehacer de la empresa, más aún tratándose de las remuneraciones percibidas por el órgano de dirección de la empresa.

La normativa andina propone que las remuneraciones conste en el informe anual de gobierno corporativo, no necesariamente el detalle de la remuneración percibida por cada uno de los miembros del directorio, sino la masa remunerativa devengada por este órgano administrativo. Lo cual es prudente y necesario en función de reconocer, dentro de la información corporativa global de la empresa, el costo beneficio que la existencia de este tipo de administración represente para la empresa.

Ya que es uno de los deberes del directorio la realización del informe de gobierno corporativo, se establecerá en el reglamento interno de funcionamiento del directorio, la información obligatoria que debe contener las remuneraciones del directorio o, de otra parte, en los Estatutos de la compañía en los que se fije su publicación.

“No podrá existir ningún tipo de retribución distinta de la publicada en el informe anual de gobierno corporativo, sin que pueda darse ninguna otra retribución adicional o encubierta, ni asunción de gastos, ni prestaciones en especie no contemplada en el mismo”.

Como lo mencioné, las políticas de retribución se fijarán por la junta general de accionistas, correspondiéndole a la comisión de nombramientos y retribuciones fijar la remuneración individual de cada director. Entonces, no podrá esta comisión ni el ejecutivo principal de la compañía variar ni las políticas ni la remuneración fijada.

No considero que se la información de gobierno corporativo el referente acerca de las retribuciones del directorio. Corresponde establecer de manera clara en el estatuto o en el reglamento del directorio la prohibición expresa de conceder retribuciones adicionales o encubiertas a los directores, ya que la publicación del informe de gobierno corporativo es posterior a la ejecución del ejercicio económico, por lo que no se puede establecer una prohibición con el carácter de retroactivo.

3.10. Presidente y vicepresidente del directorio

“El presidente del directorio y, en su caso, el vicepresidente deberán ser elegidos de entre los miembros externos del directorio y sus funciones y responsabilidades estarán fijadas en detalle en los estatutos sociales y el reglamento de régimen interno de organización y funcionamiento del directorio”.

La sugerencia del CABGC intenta establecer la independencia del directorio, respecto tanto del órgano nominador como del grupo de accionistas preponderantes ya que, al no representar los intereses de aquellos, al menos al ser nombrados miembros externos del directorio en calidad de presidente y vicepresidente se mantiene la doctrina del interés social, que es la que trata de introducir la CAF en el manejo empresarial de la Comunidad Andina.

Las funciones y responsabilidades de los funcionarios del directorio deberán constar en la legislación interna de la compañía, ya sea a través de los estatutos del reglamento interno de funcionamiento del directorio.

“El presidente del directorio no podrá tener voto dirimente, salvo que excepcionalmente fuera imprescindible para formar la mayoría en caso de cese de los directores, siempre y cuando no existan directores suplentes”.

De esta medida se presentan varias posibilidades. La primera, que el directorio esté conformado, completo, por un número impar de directores, que las resoluciones del directorio se toman por mayoría simple, es decir, la mitad más uno de todos los miembros, que pueden o no existir suplentes y, por último, que la dirimencia del presidente es aceptable de manera extraordinaria, exclusivamente para formar mayoría y cuando se haya producido el cese de directores.

La no dirimencia por parte del presidente del directorio la igualdad de la participación de los directores en el seno del cuerpo colegiado. No podría ser de otra manera, si el lector de esta dignidad son los demás directores y el que lo haga en caso de cese de uno o varios otros directores, garantiza que el cuerpo colegiado pueda adoptar decisiones si así es necesario que lo realice.

3.11 Secretario del directorio

“El directorio deberá nombrar un secretario que velará por la legalidad formal, material y estatutaria de las actuaciones del directorio y la observancia de los principios de buen gobierno”.

Las funciones que determina esta medida del CABGC establecen, en la práctica, una especie de procurador en el seno del directorio, le mismo que deberá, en todo momento, cuidar de la legalidad en toda su extensión. Es decir en lo formal, en la materialización de la norma y del apego a los estatutos de la compañía; además que, de alguna manera, manda a que el secretario del directorio asuma la función de observar el cumplimiento de los principios de buen gobierno corporativo.

La presencia de un funcionario de estas características garantiza que el directorio, de manera permanente, cumpla con la normativa legal y estatutaria. Él es quien está obligado a llamar a los directores la atención cuando alguna de sus actuaciones se ubique fuera de las normas, además que es su responsabilidad ese cumplimiento.

Los principios de buen gobierno recaen en sus manos. Entiendo que sobre este funcionario recaen todas las responsabilidades en torno a que los demás funcionarios, incluidos los miembros del directorio, observen esos principios y los apliquen en el ejercicio de sus cargos.

3.12 Funciones y competencias del ejecutivo principal

“Los estatutos fijarán las funciones y competencias del ejecutivo principal, que podrá ser director, y en todo caso, estará sujeto a su mismo régimen de responsabilidad”.

La connotación que tiene en la legislación nacional el ejecutivo principal es la del representante legal de la compañía, por lo tanto, el responsable judicial y extrajudicial de la compañía, tanto frente a los socios y empleados, como a terceros inversionistas, proveedores y todos aquellos que, por una u otra razón, establezcan relaciones con la empresa. Él es el responsable ante la sociedad y el estado, aunque se diga en esta medida del CABGC que la responsabilidad del ejecutivo principal es igual a la de los miembros del directorio. Su responsabilidad seguirá siendo la del representante legal, por lo tanto será quien, en caso de conflictos o controversias, represente a la empresa, llámese gerente, presidente o cualquier otro nombre. Su función como representante legal origina responsabilidades que de ninguna manera, en su conjunto, tienen los miembros del cuerpo colegiado.

3.13 Convocatoria, comisiones y evaluación de actuación del directorio

“El directorio deberá ser convocado periódicamente y siempre que lo requieran los intereses de la sociedad a instancia del presidente, del vicepresidente o de más de un director”.

La convocatoria al directorio debe necesariamente corresponder a quien dirige las sesiones del mismo, así como la agenda que se trate en las reuniones.

Esta convocatoria puede ser realizada por insinuación del presidente, del vicepresidente o de los dos o más directores y siempre que lo requieran los intereses de la sociedad.

No creo que se deba dejar las convocatorias del directorio al criterio de uno o más directores. Deben determinarse reuniones periódicas del organismo colegiado y, a instancia de los miembros del directorio, aquellas reuniones de carácter urgente.

“El directorio conformará en su seno comisiones para ejercer ciertas funciones y en particular, la de auditoría y la de nombramientos y retribuciones, constituidas exclusivamente por directores externos”.

Las comisiones, en los directorios, son formas de optimizar la gestión del órgano colegiado. Sin embargo, la normativa andina propone al menos dos comisiones que, por estar mencionadas de manera explícita, deberían ser las que de manera mínima se deberían integrar: la de la auditoría y la de nombramientos y retribuciones; además la constitución de estas últimas por directores externos.

Esta forma de constituir las comisiones de auditoría y de nombramientos y retribuciones, con directores externos de manera exclusiva y excluyente, es importantes para que en los temas de control interno, ejercicio a través de la auditoría, no sean ni el ejecutivo principal ni los representantes de los accionistas quienes puedan, de alguna manera, ejercer cierta presión sobre los organismos de control interno.

En el caso de la comisión de nombramientos y retribuciones, la integración por directores externos permite que la realidad de los ingresos y los perfiles profesionales sean los adecuados para la compañía y que se encuentren dentro de la realidad del mercado local y nacional.

“Las operaciones con partes vinculadas deberán ser autorizadas por el directorio, con informe y propuesta de la comisión de nombramientos y retribuciones, con una mayoría cualificada de, al menos, las tres cuartas partes de los miembros del directorio y deberán ser publicadas”.

La transparencia en esta propuesta de la CAF, ya que las decisiones del directorio, respecto de realizar operaciones con partes vinculadas, deben darse a través de una mayoría calificada, como se propone, y previo informe de una comisión que se especializa en el análisis de las características de la vinculación y los riesgos que la misma representa para la compañía, o que, sin representar riesgos, pueda constituirse en una manera de perjudicar a los socios minoritarios.

En el caso de los administradores, de acuerdo con la legislación societaria vigente, se encuentran prohibidas las operaciones con partes vinculadas, a menos que se tenga autorización de la junta general, por lo que se requiere de reforma para que sea el directorio quien lo autorice.

“El directorio deberá evaluar con una periodicidad al menos anual el cumplimiento por su presidente, vicepresidente, secretario y las comisiones

delegadas que se hayan constituido, de sus funciones y las medidas reconocidas en este Código, así como otras recomendaciones que puedan adoptarse de gobierno corporativo”.

Como se mencionó anteriormente, una de las obligaciones del directorio es la de evaluar el desempeño empresarial. No cabe la menor duda de que dentro de esa evaluación se encuentra la de su gestión, ya sea de sus reuniones periódicas, de las comisiones constituidas, de los miembros con funciones del directorio, de su secretario, etc. Considero que el ejercicio de esta evaluación, frente al gobierno corporativo, no es sino una de las expresiones de las obligaciones del directorio.

Esto independientemente del derecho que le asiste a la Junta de Accionistas para evaluar el desempeño del Directorio en su junta anual o cuando lo creyere necesario de detectarse posibles anomalías de este órgano durante el periodo de su ejercicio.