

GOBIERNO CORPORATIVO Y SOCIEDAD ANÓNIMA BURSÁTIL: MEDIDAS DE CONTROL A TRAVÉS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

CORPORATE GOVERNANCE AND PUBLIC CORPORATE SOCIETY: CONTROL MEASURES THROUGH THE BOARD OF DIRECTORS

Carlos Ernesto Arcudia Hernández
cearcudia@yahoo.com
Blanca Torres Espinosa
Blancate2005@yahoo.es
Universidad Autónoma de San Luis Potosí

Resumen:

El gobierno corporativo es un conjunto de acuerdos formales e informales con los cuales operan las grandes sociedades mercantiles. En México, el legislador creó un subtipo societario llamado sociedad anónima bursátil. En la regulación de esta sociedad se incluyen principios de gobierno corporativo para tratar de resolver el problema de agencia que surgen por la configuración del accionariado de las grandes sociedades mexicanas. En este trabajo analizamos los mecanismos de control a través del consejo de administración. En concreto la integración, funcionamiento y competencias de dicho órgano y de sus miembros.

Palabras clave: SAB, consejo de administración, consejero independiente, comité de prácticas societarias, comité de auditoría.

Abstract

Corporate governance is a set of formal and informal agreements with which large commercial companies operate. In Mexico, the legislator created a societal subtype called a public limited company. In the regulation of this company, principles of corporate governance are included to try to solve the agency problem that arise due to the configuration of the shareholding of the large Mexican companies. In this paper we analyze the control mechanisms through the board of directors. Specifically, the integration, functioning and competences of said body and its members.

Key words: PCS, board of directors, independent director, corporate practices committee, audit committee.

Introducción.-

La estructura y funcionamiento de las empresas están definidos tanto por su arquitectura corporativa como por su gobierno corporativo. El primer concepto se refiere a los tipos de acuerdos y relaciones que las unidades productivas establecen

entre sí con el propósito de organizar sus transacciones. Es decir, la arquitectura indica si los negocios se organizan por medio de empresas no relacionadas o mediante redes, además de señalar los vínculos que podrían tener con empresas financieras. El segundo concepto comprende los arreglos institucionales, formales e informales, con que las empresas y redes de negocios resuelven los conflictos surgidos de la interrelación de los actores participantes (Chavarín, 2011:196)

El gobierno corporativo son los principios, normas y leyes aplicables a las corporaciones, así como a los sujetos de su ejercicio que se refieren a la propiedad o posesión corporativa, su condición o administración, la estructura y facultades de los mismos así como las medidas y prácticas tendientes a ejercer el objeto de las corporaciones y prolongar su desarrollo; entre ellas; la prevención y disminución de riesgos, la transparencia, la competitividad y, la sucesión y permanencia de los miembros (Larrea y Vargas 2009: 22)

Estas diferentes dimensiones del gobierno corporativo pueden afectar el desempeño y valor de la empresa. Además, un adecuado gobierno corporativo favorece el desarrollo del sistema financiero y el crecimiento económico. Por otro lado, las diferentes dimensiones del gobierno corporativo se condicionan entre ellas. Por ejemplo, una estructura de toma de decisiones dominada por los miembros del directorio tenderá a favorecer un mayor endeudamiento que un sistema dominado por los ejecutivos. En algunos casos la causalidad entre estos aspectos del gobierno corporativo será bidireccional. Por ejemplo, un mayor porcentaje de la propiedad en manos de la administración de la empresa puede mejorar el desempeño de la empresa puesto que alinea los incentivos monetarios de los ejecutivos con los propietarios. Sin embargo, el desempeño económico de la empresa determinará a la larga la estructura de propiedad dominante, en el sentido de que las empresas con estructuras ineficientes tenderán a desaparecer con el paso del tiempo (Lefort, 2003: 209).

El gobierno corporativo de las empresas mexicanas se ha caracterizado por tener como punto de partida una alta concentración de la propiedad en pocos individuos, comúnmente miembros de una misma familia, que son quienes controlan la

empresa y, en muchas ocasiones, también hacen la gestión de ésta. En estas empresas el consejo de administración está formado por los accionistas mayoritarios e individuos allegados a ellos. Esta conformación de los consejos suele combinarse con mecanismos que conducen a que los accionistas controladores adquieran derechos de voto por encima de sus derechos de propiedad correspondientes, como es el caso de la piramidación y el voto restringido. El primero consiste en que un accionista puede tener el control de diversas empresas mediante la posesión sucesiva de acciones de una compañía por parte de otra. El segundo consiste en retener las acciones con derecho a voto y emitir acciones con derechos limitados para otros propietarios (Chavarín, 2010: 12-13)

El enfoque de GC denominado de “agencia” es el más aceptado tanto por la academia como por el sector empresarial. De forma resumida, el enfoque de agencia establece que, en la operación normal de una empresa pública o privada, se generan situaciones en que alguna parte saca partido para sí en detrimento de todos o algunos de los inversionistas. Es decir, existen conflictos de interés que ocurren naturalmente y que propician asimetrías de información, las cuales tienden a generar ineficiencias operativas que reducen la creación de valor y, por ende, la rentabilidad para los tomadores de riesgo (Viscencio, 2009: 282-283).

México ha modificado su legislación para tratar de defender los intereses de los accionistas minoritarios de las sociedades cotizadas, toda vez que se ven avasallados por el control fuerte que desempeñan los accionistas relevantes de los grupos económicos. Una de las reformas legales más importantes ha sido la adopción de un subtipo societario con un estatuto específico para las sociedades anónimas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores sin ser entidades financieras: la Sociedad Anónima Bursátil (SAB).

En el trabajo que a continuación presentamos haremos un análisis de las medidas de gobierno corporativo en la composición y funcionamiento del consejo de administración.

1.- La sociedad anónima bursátil

El sistema básico de gobierno corporativo establecido en la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) incluye la asamblea de accionistas, el consejo de administración y los gerentes o administradores. El gerente o administrador general rinde cuentas al consejo de administración y éste a su vez a la asamblea de accionistas. La ley estipula que puede haber acciones con diferentes tipos de privilegios, particularmente las acciones con voto y de voto limitado. La LGSM establece instrucciones precisas sobre cómo deberán hacerse las votaciones en las asambleas de accionistas ordinarias y extraordinarias, que en algunos casos representan un porcentaje del número de acciones y, en otros, un porcentaje de representación del capital. La LGSM no hace mención a las características de los miembros del consejo de administración ni a la utilización de órganos intermedios o comités. Las minorías que no representen un 25% del capital social no pueden tener representación en el consejo de administración de empresas privadas, o un 10% si se trata de empresas públicas (Viscencio, 2009: 284).

Ante esas carencias en 1999 el Consejo Coordinador Empresarial -máximo órgano de los empresarios- elaboró su Código de Mejores Prácticas. Este instrumento, con un enfoque típico del análisis económico del derecho, contiene una serie de recomendaciones, de carácter voluntario, para que las grandes empresas

La Ley del Mercado de Valores (LMV) de 2006 prevé la posibilidad legal de la constitución de tres nuevas clases de sociedades mercantiles: 1) la Sociedad Anónima Bursátil (=SAB), 2) la Sociedad Anónima Promotora de Inversión Bursátil, y 3) la Sociedad Anónima Promotora de Inversión. Dichas sociedades se suman a las ya previstas en la Ley General de Sociedades Mercantiles y demás leyes especiales.

La SAB es un subtipo societario (exposición de motivos de la LMV) se incorpora un estatuto jurídico específico para las anónimas que sin ser entidades financieras cotizan en la BMV. Así, la ley incluye un amplio capítulo para la SAB (arts. 22 al 57), en el que se regula la denominación social, la administración, los deberes de diligencia y lealtad, las acciones de responsabilidad, la vigilancia, la gestión y ejecución de negocios sociales, la asamblea de accionistas, los derechos de los

socios, la emisión de acciones y las operaciones sobre los títulos de acciones (Guadarrama, 2008: 7-10).

En la tabla 1 proporcionamos un breve resumen del régimen jurídico de la SAB:

Denominación	Formarán su denominación social libremente conforme a lo previsto en el artículo 88 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), debiendo adicionalmente agregar a su denominación social la expresión “Bursátil”, o su abreviatura “B” (Artículo 22 LMV)
Normatividad	<p>Las sociedades anónimas bursátiles estarán sujetas a las disposiciones especiales que se contienen en la LMV, y en lo no previsto, a lo que señalado en LGSM.</p> <p>Las entidades financieras que obtengan la inscripción en el Registro Nacional de Valores (RNV) de las acciones representativas de su capital social o títulos de crédito que las representen, estarán sujetas a lo dispuesto en las leyes especiales del sistema financiero que las rijan y demás disposiciones secundarias emitidas conforme a dichas leyes.</p>
Excepciones a LGSM	<p>Mecanismos en caso de desacuerdo entre accionistas</p> <p>Modificaciones al derecho de suscripción preferente y que se refiere al artículo 132 de la LGSM</p> <p>Limitaciones a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por sus consejeros y directivos relevantes, derivados de los actos que ejecuten (Artículo 13 LMV)</p>
Administración y vigilancia de la sociedad	<p>Consejo de Administración con al menos 25% de consejeros independientes.</p> <p>Comités de consejeros independientes desempeñarán las funciones de prácticas societarias y auditoría</p> <p>Desaparece el comisario y sus funciones y responsabilidad se transfieren al consejo, comités de auditoría y auditor externo (Artículos 24,25 y 26 LMV)</p>
Funciones del consejo	<p>Establecer la estrategia de negocio y lineamientos del control interno</p> <p>Identificar las alternativas para generar valor.</p> <p>Vigilar la gestión de la sociedad por parte del director general y directivos relevantes</p> <p>Aprobar los estados financieros.</p>

	<p>Aprobar ciertas operaciones, nombramientos y retribuciones a directivos con opinión del comité de prácticas societarias</p> <p>Aprobar lineamientos y políticas relativos a temas contables y de control interno con la opinión del comité de auditoría (Artículo 28 de la LMV)</p>
Deberes de los consejeros y directores	<p>Deber de diligencia, informarse, prepararse para las sesiones del consejo y comités; evaluar la suficiencia y veracidad de la información; y velar por el correcto uso y aprovechamiento de recursos humanos y materiales (Artículo 30 de la LMV)</p> <p>Deber de lealtad, Tomar decisiones sin conflicto de interés; guardar confidencialidad de la información; cerciorarse que la información relevante se haga pública; y revelar al consejo información necesaria para la toma de decisiones y los conflictos de interés que tengan (Artículo 34 de la LMV)</p>

Tabla 1 principales modificaciones al régimen jurídico de la SA por la SAB (LMV y Cruz Reyes, 2006: 15-17)

Los accionistas mayoritarios emplean diferentes mecanismos para mantener el control, por ejemplo, empleándose en la gerencia alta, sirviendo en el Consejo de Administración, limitando el intercambio de acciones y/o formando grupos de empresarios. En el caso mexicano, de las compañías que cotizan en la Bolsa de Valores de Nueva York, el 44% tienen un grupo de accionistas con una participación mayoritaria en la firma (Santiago Castro, Brown, Báez Díaz, 2009, p. 29).

2.- Naturaleza jurídica e integración del consejo de administración

Conforme al régimen de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), el consejo de administración es el encargado de llevar a cabo la gestión y conducción de los negocios día a día, asegurando la existencia y mantenimiento de sistemas de contabilidad, control y registro de la sociedad. Sin embargo el funcionamiento discontinuo del consejo de administración, la estructura colegiada y el carácter deliberante de dicho órgano, no resulta ser idóneo para llevar a cabo la gestión y conducción de los negocios del día a día en las empresas de grandes dimensiones

o de aquellas cuyas acciones se encuentren cotizadas en bolsa. Más aún, ningún consejero de administración ni en México ni en el mundo, lleva a cabo la administración del día a día de la sociedad sino que la delega en el director general. El problema es que el consejo no queda absuelto de las responsabilidades de la conducción diaria de los negocios, llegando al extremo de que es responsable de llevar registros contables, lo que no debe corresponder a un grupo que se reúne cada tres meses. En la nueva configuración del consejo de administración de la LMV éste ya no lleva la conducción y administración del día a día de la sociedad sino que se le asignan unas nuevas funciones que hemos listado en la tabla 1 (De la Fuente, 2010: 697)

Según la LMV, el consejo de administración de la SAB estará integrado por un máximo de veintiún consejeros, de los cuales, cuando menos, el veinticinco por ciento deberán ser independientes. Por cada consejero propietario podrá designarse a su respectivo suplente, en el entendido de que los consejeros suplentes de los consejeros independientes deberán tener este mismo carácter¹

La definición de independiente ha sido ampliamente discutida siendo incorporadas a nuestro sistema jurídico las mejores prácticas internacionales, entre las mismas: los consejeros independientes deberán ser seleccionados por su experiencia, capacidad y prestigio profesional, además, que puedan desempeñar sus funciones libres de conflicto de interés y sin estar supeditados a intereses personales, patrimoniales o económicos (De la Fuente, 2010 698)².

¹¹ La reforma de 2001 a la LMV de 1975 agregó por primera vez la figura de los consejeros independientes para opinar en aquellos casos en los que hubiera operaciones lícitas. Dicha reforma fue respetada por la LMV de 2006 (Larrea Martínez, 2009: 65-66)

² Es por ello que el artículo 26 de la LMV prohíbe a las siguientes personas ser consejeros independientes:

I. Los directivos relevantes o empleados de la sociedad o de las personas morales que integren el grupo empresarial o consorcio al que aquélla pertenezca, así como los comisarios de estas últimas. La referida limitación será aplicable a aquellas personas físicas que hubieren ocupado dichos cargos durante los doce meses inmediatos anteriores a la fecha de designación.

II. Las personas físicas que tengan influencia significativa o poder de mando en la sociedad o en alguna de las personas morales que integran el grupo empresarial o consorcio al que dicha sociedad pertenezca.

III. Los accionistas que sean parte del grupo de personas que mantenga el control de la sociedad.

IV. Los clientes, prestadores de servicios, proveedores, deudores, acreedores, socios, consejeros o empleados de una empresa que sea cliente, prestador de servicios, proveedor, deudor o acreedor importante.

El último párrafo del artículo 26 de la LMV faculta a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), previo derecho de audiencia de la sociedad y del consejero de que se trate, y con acuerdo de su Junta de Gobierno, podrá objetar la calificación de independencia de los miembros del consejo de administración, cuando existan elementos que demuestren la falta de independencia, supuesto en el cual perderán el referido carácter. La CNBV tendrá un plazo de treinta días hábiles contados a partir de la notificación que al efecto haga la sociedad anónima bursátil en términos de las disposiciones aplicables, para objetar, en su caso, la independencia del consejero respectivo; transcurrido dicho plazo sin que la CNBV emita su opinión, se entenderá que no existe objeción alguna. Lo anterior, sin perjuicio de que la CNBV podrá objetar dicha independencia, cuando con posterioridad se detecte que durante el encargo de algún consejero se ubique en situación que comprometa su independencia.

El consejo de administración, para el desempeño de las funciones que la LMV le asigna, contará con el auxilio de uno o más comités que establezca para tal efecto. El o los comités que desarrollen las actividades en materia de prácticas societarias y de auditoría a que se refiere la LMV, se integrarán exclusivamente con consejeros independientes y por un mínimo de tres miembros designados por el propio consejo, a propuesta del presidente de dicho órgano social.

Para no elevar los costos operativos de las empresas, la LMV permite que un mismo comité pueda desempeñar tanto las funciones de auditoría como de prácticas societarias. Adicionalmente se da a los comités un carácter consultivo más que ejecutivo, aunque puedan convocar a asambleas de accionistas y tengan funciones precisas de acuerdo con las mejores prácticas internacionales (De la Fuente 2010: 698)

A continuación en la tabla 2 sintetizamos las competencias de los comités de auditoría y de prácticas societarias:

V. Las que tengan parentesco por consanguinidad, afinidad o civil hasta el cuarto grado, así como los cónyuges, la concubina y el concubinario, de cualquiera de las personas físicas referidas en las fracciones I a IV de este artículo.

Comité de auditoría	<p>a) Dar opinión al consejo de administración sobre los asuntos que le competen conforme la LMV</p> <p>b) Evaluar el desempeño de la persona moral que proporcione los servicios de auditoría externa, así como analizar el dictamen, opiniones, reportes o informes que elabore y suscriba el auditor externo.</p> <p>c) Discutir los estados financieros de la sociedad con las personas responsables de su elaboración y revisión, y con base en ello recomendar o no al consejo de administración su aprobación.</p> <p>d) Informar al consejo de administración la situación que guarda el sistema de control interno y auditoría interna de la sociedad o de las personas morales que ésta controle, incluyendo las irregularidades que, en su caso, detecte.</p> <p>e) Elaborar la opinión a que se refiere el artículo 28, fracción IV, inciso c) de la LMV (Artículo 42 fracción II de la LMV)</p>
Comité de prácticas societarias	<p>a) Dar opinión al consejo de administración sobre los asuntos que le competen conforme a la LMV</p> <p>b) Solicitar la opinión de expertos independientes en los casos en que lo juzgue conveniente, para el adecuado</p>

	<p>desempeño de sus funciones o cuando conforme la LMV o disposiciones de carácter general se requiera.</p> <p>c) Convocar a asambleas de accionistas y hacer que se inserten en el orden del día de dichas asambleas los puntos que estimen pertinentes.</p> <p>d) Apoyar al consejo de administración en la elaboración de los informes a que se refiere el artículo 28, fracción IV, incisos d) y e) de la LMV.</p> <p>e) Las demás que establezca la LMV o se prevean en los estatutos sociales de la sociedad, acordes con las funciones que el presente ordenamiento legal le asigna. (Artículo 42 fracción ILMV)</p>
--	---

3.- Funcionamiento del consejo de administración y responsabilidades de los administradores

El modelo corporativo plasmado en la LGSM, para una empresa bursátil se ha vuelto incompatible con las necesidades actuales del mercado de valores. Incluso, la doctrina jurídica ha ido poniendo de manifiesto la disfuncionalidad del modelo legal aplicable a las sociedades anónimas de grandes dimensiones, por cuanto hace al sistema de atribución y distribución de competencias entre los órganos de administración y de vigilancia, ya que no realizan en la práctica las actividades que legalmente tienen atribuidas (De la Fuente, 2010: 697)

Por ende el artículo 28 de la LMV establece la obligación del Consejo de Administración para ocuparse de las siguientes tareas:

- Establecer las estrategias generales para la conducción del negocio de la sociedad y personas morales que ésta controle.

- Vigilar la gestión y conducción de la sociedad y de las personas morales que ésta controle, considerando la relevancia que tengan estas últimas en la situación financiera, administrativa y jurídica de la sociedad, así como el desempeño de los directivos relevantes.
- Aprobar, con la previa opinión del comité que sea competente las políticas y lineamientos para el uso o goce de los bienes que integren el patrimonio de la sociedad y de las personas morales que ésta controle, por parte de personas relacionadas.
- Presentar a la asamblea general de accionistas que se celebre con motivo del cierre del ejercicio social los informes siguientes: anual, del auditor externo, opinión del consejo de administración sobre el informe del director general, entre otros.
- Dar seguimiento a los principales riesgos a los que está expuesta la sociedad y personas morales que ésta controle, identificados con base en la información presentada por los comités, el director general y la persona moral que proporcione los servicios de auditoría externa, así como a los sistemas de contabilidad, control interno y auditoría interna, registro, archivo o información, de éstas y aquélla, lo que podrá llevar a cabo por conducto del comité que ejerza las funciones en materia de auditoría.
- Aprobar las políticas de información y comunicación con los accionistas y el mercado, así como con los consejeros y directivos relevantes, para dar cumplimiento a lo previsto en el presente ordenamiento legal.
- Determinar las acciones que correspondan a fin de subsanar las irregularidades que sean de su conocimiento e implementar las medidas correctivas correspondientes.
- Establecer los términos y condiciones a los que se ajustará el director general en el ejercicio de sus facultades de actos de dominio.
- Ordenar al director general la revelación al público de los eventos relevantes de que tenga conocimiento.

Por último comentaremos que los administradores tienen agravados los deberes de diligencia y de lealtad con respecto al régimen de la LGSM. El deber de diligencia implica desplegar una conducta responsable, diligente, razonable, prudente (con planificación, prevención, investigación y asesoría), con experiencia profesional idónea en sus funciones, exigible en el tráfico según los usos de comercio y las buenas prácticas de la gestión empresarial. El deber de lealtad significa actuar de buena fe, fiel y leal a la compañía, y en el mejor interés de esta y no de una persona o grupo de personas en lo particular, por lo que también significa abstenerse de obtener cualquier beneficio personal o de los familiares y amigos del administrador, a expensas del sacrificio o perjuicio de la sociedad, tales como contraer obligaciones sin analizar los riesgos previsibles omitir solicitar garantías en favor de la sociedad;

contratar a o con amigos o familiares, contratar con la sociedad, imputar gastos propios inexistentes o dispendiosos a las cuentas sociales, cometer irregularidades contables o fiscales; difundir información confidencial o secretos empresariales; en fin, beneficiarse de oportunidades de negocio o información ofrecida a la sociedad. Por ello, se crea la necesidad de una verdadera fiscalización del cumplimiento de tales deberes legales y de la actuación de los consejeros, cuya inobservancia los haga responsables frente a la sociedad (León Tovar, 2016: 569-570)

Conclusiones:

1.- El gobierno corporativo trata de dar solución a los problemas de agencia, que en México, en específico consisten en una alta concentración de la propiedad en manos de unos pocos accionistas que ponen contra las cuerdas los intereses de los accionistas minoritarios. De entre la batería de medidas propuestas nos centramos en las que tienen que ver con el consejo de administración.

2.- El legislador mexicano adoptó en 2006 un nuevo subtipo societario: la SAB. Esta sociedad está abocada al mercado bursátil contiene una regulación específica en materia de composición, facultades e integración del consejo de administración. Estas medidas se realizan en un afán por controlar la gestión de la sociedad en beneficio de los accionistas minoritarios.

3.- Por lo que respecta a la integración del consejo, se establece un máximo de 21 consejeros; de los cuales por lo menos el 25% ha de ser independientes. Los consejeros independientes, en general, son aquellos que no tienen relación con los propietarios de la sociedad. Se establecen facultades para que la CNBV compruebe la idoneidad de los perfiles de los consejeros independientes.

4.- En cuanto a las competencias, al consejo de administración se le dan tareas estratégicas en la conducción de la sociedad. Asimismo se prevé el establecimiento de dos comisiones en manos de consejeros independientes: el comité de auditoría y el comité de prácticas societarias. También se reforzaron los deberes fiduciarios de los administradores.

Bibliografía

Chavarín Rodríguez, R Banca, Grupos Económicos y Gobierno Corporativo en México, Centro de Estudios Espinosa Yglesias, México, 2010.

Cruz Reyes, G La nueva Ley del Mercado de Valores, Análisis Ejecutivo y aspectos relevantes de Gobierno Corporativo, Deloitte, México, 2006

De la Fuente Rodríguez, J Tratado de Derecho Bancario y Bursátil, Tomo 1, Editorial Porrúa, México, 2010

Guadarrama López, E.; La Sociedad Anónima en el Derecho Mexicano. Consideraciones particulares sobre la Anónima Bursátil; Editorial Porrúa; México, 2008

Larrea Martínez, G y Vargas García , S Apuntes de gobierno corporativo Universidad Panamericana, Editorial Porrúa, Escuela Libre de Derecho, México 2007

León Tovar, S y González García H Derecho Mercantil, Editorial Oxford, México, 2018