

**Rogelio Castillo Aguilera  
Tulio Ernesto Magaña Magaña  
Pablo Iannello  
Francisco Sorto**

---

**APROXIMACIONES INTERDISCIPLINARIAS  
SOBRE**

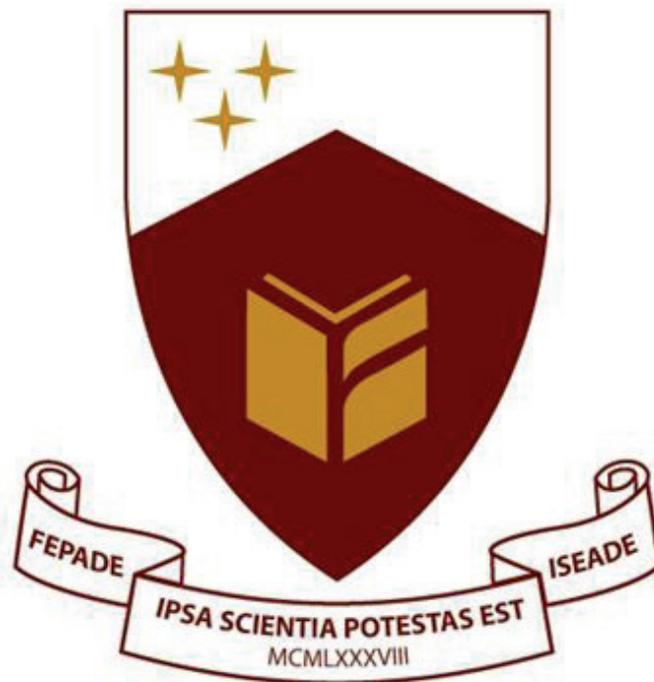
**GOBIERNO CORPORATIVO**



# APROXIMACIONES INTERDISCIPLINARIAS SOBRE GOBIERNO CORPORATIVO

Por:

**Rogelio Castillo Aguilera (México)**  
**Tulio Ernesto Magaña Magaña (El Salvador)**  
**Pablo Iannello (Argentina)**  
**Francisco Sorto (El Salvador)**



**ISEADE**  **FEPADE**

INSTITUTO SUPERIOR DE ECONOMÍA Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS

## **APROXIMACIONES INTERDISCIPLINARIAS SOBRE GOBIERNO CORPORATIVO**

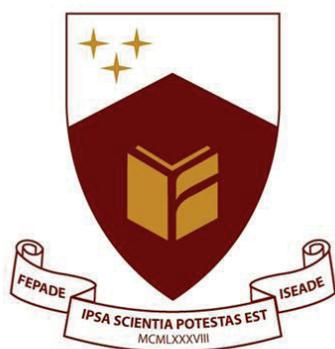
E-Book: Junio 2017

© 2017 ISEADE.

Todos los derechos reservados.  
Prohibida la reproducción total  
o parcial por cualquier medio  
sin la autorización escrita del autor.

Publicación del Instituto Superior  
de Economía y Administración de Empresas.

ISBN 978-99961-0-881-5



**Editores: Pablo Iannello y Francisco Sorto**

Diseño  
ISEADE FEPADE  
San Salvador, El Salvador  
[www.iseade.edu.sv](http://www.iseade.edu.sv)

# CONTENIDO

Introducción.....	7
Una conceptualización general del objeto del libro.....	7
Narrativas y argumentos entre el gobierno corporativo y el derecho.....	8
Importancia de la gestión de riesgos para un buen gobierno corporativo.....	8
Cultura organizacional y gobierno corporativo.....	9
La cultura y el contexto del gobierno corporativo en América Latina. El rol de la empresa familiar.....	9
Capítulo I: El gobierno corporativo y su relación con el derecho societario.....	13
Introducción .....	13
La teoría de la firma, el gobierno corporativo y el derecho societario.....	14
La limitación de la responsabilidad y los incentivos a la inversión. Una justificación de los tipos societarios en la ley de sociedades comerciales y los deberes de registro societario.....	20
Responsabilidad de los directores, gobierno corporativo y problemas de agencia.....	24
La economía de la inoponibilidad de la personalidad societaria.....	31
Bibliografía.....	36
Capítulo II: Gobierno corporativo. Sistemas societarios y cultura legal.....	38
Introducción.....	38
Algunas breves notas sobre los esquemas de gobierno corporativo relevantes a nivel mundial.....	44
Cultura y gobierno corporativo.....	47
Bibliografía.....	55
Capítulo III: Importancia de la gestión de riesgos para un buen gobierno corporativo.....	59
Introducción.....	59
Importancia de la gestión de riesgos para un buen gobierno corporativo.....	60
Supervisión basada en la gestión de riesgo la experiencia de el salvador.....	74
Bibliografía.....	86
Capítulo IV: Gobierno corporativo y organizacional.....	89
La estructura organizativa.....	89
Gestión organizacional por procesos.....	94
Bibliografía.....	122
Capítulo V: El gobierno corporativo de la empresa familiar.....	125
Introducción.....	125
Cultura y valores de la familia en la empresa.....	128
Crecimiento y continuidad de la empresa familiar.....	133
El proceso de sucesión en la empresa familiar.....	138
El gobierno corporativo en la empresa familiar.....	141
Bibliografía.....	151
Conclusiones.....	155



## INTRODUCCION

Por FRANCISCO SORTO RIVAS y PABLO A. IANNELLO

### A. Una Conceptualización General del Objeto del Libro.

La idea sobre un libro de gobierno corporativo resulta siempre ambiciosa, aunque pertinente como una iniciativa para las escuelas de negocios. Ello es así en tanto la variedad de literatura y enfoques existentes sobre el tema es harto extensa, e incluso encontramos publicaciones dedicadas exclusivamente a estudiar este fenómeno en cualquiera de las definiciones que se puedan adoptar<sup>1</sup>.

La realidad es que el objetivo de estas páginas fue mutando a medida que el Proyecto fue avanzando. Pero su piedra angular se mantuvo siempre enfocada. Mostrar interdisciplinariamente enfoques sobre el gobierno corporativo.

La diversidad de planteamientos sugiere la amplitud de definiciones que se pueden adelantar sobre el tema. Pero parece prudente comprender que cualquier estudio del fenómeno, aunque incompleto, puede presentar una estructura sistemática que le dé coherencia a la explicación. Tal es el objetivo de esta introducción.

El fenómeno de gobierno corporativo busca explicar la forma en que se gestionan los activos de terceros por parte de quienes están encargados de llevar adelante las compañías. Pudiendo agregarse, a esa definición, el estudio del impacto que dicho manejo genera sobre los terceros no inversores, en la manera en que el capital es administrado.

Esta explicación permite encarar el fenómeno desde un punto de vista financiero, desde un punto de vista legal y desde un punto de vista organizacional, entre otros. Estos 3 enfoques han orientado los trabajos contenidos en este libro.

El interés general que hay acerca de los procesos de globalización y la existencia de intermediación financiera que han facilitado a los inversores institucionales el posicionamiento en mercados extranjeros ha propiciado una homogeneización de los procesos mismos de comercialización del capital. Esta homogeneización ha seguido, por lo general, patrones del derecho de familia anglosajona. Sin embargo, el proceso de convergencia no es uniforme y presenta singularidades que valen la pena estudiar.

En alguno de los capítulos de este libro se vincula, directamente, que la literatura ha categorizado a las diferentes aproximaciones a la teoría de la firma en dos grandes grupos. El primero se centra en el estudio de la firma asumiendo que éstas hacen más eficiente la producción, que a través de contratos independientes; mientras que el segundo se focaliza en el estudio como estructuras de gobierno y de organización<sup>2</sup>.

Entendemos que no es posible abarcar la totalidad del fenómeno aquí y que la relación del mismo con la cultura organizacional y la cultura legal de un país genera diferencias particulares que resultan difíciles de abordar en este espacio. Más aún la justificación moral en términos teleológicos de la función de la empresa en una sociedad varía según el enfoque político y filosófico que se le ha otorgado a la empresa en diferentes momentos de la historia.

<sup>1</sup> Por solo citar algunos ejemplos, pueden mencionarse el "Corporate Governance: an international Review"; *International Journal of Corporate Governance*. A la vez, existen numerosas revistas en donde el número de artículos vinculados a esta temática ha aumentado sustancialmente. Para una aproximación cuantitativa sobre este punto, ver Kushkowsky, Jeffrey "Core Journals in Corporate Governance: An. International Review: implications for Collection. Management". Iowa State Repository, 2010, disponible [http://lib.dr.iastate.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=refinst\\_conf](http://lib.dr.iastate.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=refinst_conf) visitado por última vez el 10/01/2017

Quizás ese sea un punto que quede para futuras ediciones de este libro.

## B. Narrativas y Argumentos Entre El Gobierno Corporativo y El Derecho.

Existe infinidad de literatura que es posible citar a los fines de comprender la relación entre las relaciones de administración de una empresa y las normas jurídicas. Parece necesario entonces comprender dos aspectos que guardan relación entre el gobierno corporativo y las normas legales. Por un lado, la norma legal como manifestación de la cultura de la organización; por otro lado, los esquemas de incentivos que las normas legales generan ex ante y ex post de acuerdo a: los condicionamientos institucionales que impone la propia organización y los factores exógenos de financiamiento que determinan la estructura interna de las empresas.

Las normas de derecho societario vinculadas a la teoría de principal agente, junto a la teoría de la producción en equipo han mostrado que las ganancias tienden a ser mayores en las compañías cuando hablamos de intereses coordinados. Las normas societarias han mostrado tener entre sus funciones servir para disuadir comportamientos oportunistas e internalizar externalidades de aquellos que administran capital ajeno.

No puede realizarse un estudio de los sistemas de gobierno corporativo a nivel mundial, si no se estudian, a la vez, los patrones de convergencia de la norma en materiales de derecho societario.

Un punto aparte merece la relación entre los terceros y las empresas y las normas que regulan sus relaciones a nivel societario. Es por ello que mínimamente se ha hecho referencia a las normas de reestructuración de pasivos y de fraude cometidos a terceros a través de la limitación de la responsabilidad.

## C. Importancia de la Gestión de Riesgos para un Buen Gobierno Corporativo.

Las mejores prácticas para un buen gobierno corporativo abarcan la identificación de aquellos riesgos potenciales que puedan afectar los resultados financieros de las empresas organizadas con fines lucrativos, donde los inversionistas (accionistas) exponen su capital a ganar o perder, confiándose a los directores (agentes) para que los administren con responsabilidad y mediante criterios de prudencia.

Este capítulo pone el énfasis en la parte financiera del gobierno corporativo; más concretamente, en las medidas de control, especialmente en lo relativo a la gestión de riesgos; desde la identificación de factores de riesgo, su transformación en indicadores de probabilidad de ocurrencia eventos e impacto sobre los resultados patrimoniales del negocio, pasando por la elaboración de mapas, definición de indicadores, medidas y frecuencia de control, así como la generación de reportes gerenciales, hasta llegar a la mejora continua o perspectiva de aprendizaje.

Se revisa el trabajo de COSO y el contexto histórico en que sus lineamientos ganaron importancia para la gestión moderna y la redefinición del papel que juega la auditoría interna como apoyo en la gestión de recursos de terceros, ampliándosele su rol de velar por los intereses de los accionistas, a quienes se deben y reportan.

2 MÄNTYSAARI, Petri; "Organizing the firm; Theories of Commercial Law Corporate Governance", Springer, 2011, Berlín.

Para darle sentido práctico al capítulo, se explora la iniciativa de la Superintendencia del Sistema Financiero, en El Salvador, para que las entidades financieras bajo su control y vigilancia, adopten la gestión de riesgos como filosofía administrativa para su autorregulación.

La idea consistiría en exigirles a las empresas que incrementen su capital social, en la medida que los riesgos residuales percibidos por la Superintendencia, a partir del análisis del ambiente de control de las empresas, hagan suponer que sus pérdidas patrimoniales potenciales pueden amenazar la continuidad del negocio (quiebra, disolución y liquidación de las empresas).

#### D. Cultura Organizacional y Gobierno Corporativo.

Bajo una misma lógica integrativa de análisis, Tulio Mañana dedica una amplia revisión al impacto que tiene el gobierno corporativo sobre la cultura organizacional. El autor refiere que una organización socialmente responsable es aquella que posee la capacidad de atender los intereses de las diferentes partes (accionistas, empleados, prestadores de servicios, proveedores, consumidores, comunidad, gobierno y medio ambiente) e incorporarlos en el planeamiento de sus actividades, buscando atender las demandas de todos ellos.

El autor expresa que el diseño de la estructura organizacional tiene como finalidad definir, en forma ordenada, concreta y amplia, la relación entre las unidades y áreas organizativas, su ubicación dentro de la Institución, las líneas de autoridad y responsabilidad que siguen para el desarrollo de su trabajo, y sus relaciones internas.

En estos términos desarrolla la idea según la cual es conveniente buscar mecanismos para generar tramos cortos de control. Las desventajas relacionadas con el costo y la verticalidad de las estructuras organizativas pueden solventarse haciendo uso de equipos autodirigidos, en los que se crean cargos de supervisión que se rotan semanal o quincenal entre los colaboradores. Esta medida no genera incremento en el costo de planilla ni incremento en los niveles jerárquicos; más bien estimula el ejercicio del liderazgo y el intercambio de información entre relevos. Las desventajas relacionadas con la burocracia de la comunicación y la disminución de la autonomía, pueden solucionarse con estilos gerenciales orientados al liderazgo situacional y al empoderamiento, complementándolo con la generación y creación de procedimientos que aseguren la agilidad y la efectividad de sus procesos.

Dependiendo de la calidad de las herramientas administrativas implementadas en la empresa, así serán los resultados de su gestión y el control sobre la gestión que se haga de recursos financieros de terceros, al amparo de un marco normativo observado por los todos los actores relacionados, de alguna manera, con las actividades económicas realizadas cotidianamente por la empresa (sociedad).

#### E. La Cultura y El Contexto del Gobierno Corporativo en América Latina. El Rol de la Empresa Familiar

Finalmente, para contrastar la teoría sobre gobierno corporativo y la realidad de las empresas familiares en la región latinoamericana, Rogelio Castillo explora el contexto cultural que marca la relación entre normas y gobierno corporativo en la empresa familiar, la cual constituye un pilar fundamental para la economía regional. En el capítulo encarado por Rogelio Castillo Aguilera se aborda la cuestión de la empresa familiar como fenómeno e administrativo primero, para luego sumergirse en su relación con el gobierno corporativo.

Es por ello que el estudio de investigaciones sobre las empresas familiares desde sus inicios ha tenido un tratamiento interdisciplinario donde han participado especialistas en administración, economía, ciencia política, historia, sociología, psicología y derecho, entre otras. Esta diversidad ha enriquecido teórica y metodológicamente los estudios en el campo y son la base para tratar de comprender la gestión de la empresa familiar.

La cultura predominante en la empresa familiar es producto de creencias, valores, expresiones y acuerdos, de su historia y sus relaciones sociales. La transmisión de estos patrones culturales hace que sean compartidos por la familia y por la empresa. La información, los valores, modelos y creencias que desde las edades más tempranas reciben los miembros de la familia condicionan su comportamiento y desarrollo, y por tanto el de la empresa.

En este capítulo caracterización fundamental de la empresa familiar está dada por una serie de herramientas que sirven específicamente para el diseño de la estructura de los sistemas de gobierno corporativo en este ambiente. En este ámbito el protocolo surge como consecuencia de que la familia no debe separar la planeación del negocio de la visión y planeación de la familia. Normalmente estos planes deben ser complementarios, dando forma única a la actuación de la empresa familiar y profesionalizando su actuación, por ello la importancia de contar con un manual de actuación denominado protocolo familiar.

Si bien no de manera acabada, pues excedería los límites de un capítulo, Castillo Aguilera realiza un metódico trabajo de sistematización sobre las estructuras organizacionales del gobierno corporativo en la empresa familiar y la importancia de cada uno de esos elementos en el marco de su entorno cultural.





*Pablo Iannello es abogado (UBA) MDE (Univ Torcuado Di Tella) Doctorando (UBA). Director del departamento de Economía y Ciencias Sociales ESEADE. Profesor de Análisis Económico del Derecho, Derecho Societario, Negocios Internacionales, Propiedad Intelectual, Teoría de la decisión y Teoría del Derecho en ESEADE, UBA, UTDT, UADE UP. Becario UNIDROIT. Visiting Professor University of Dayton. Visiting Fellow University of North Florida*

## CAPITULO I

## EL GOBIERNO CORPORATIVO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO SOCIETARIO

Por Pablo A. Iannello<sup>1</sup>

## I - INTRODUCCIÓN

Realizar un estudio sobre la economía de las normas de derecho societario y su vinculación con el fenómeno del gobierno corporativo implica una revisión de los mecanismos de incentivos que generan este tipo de legislación en el desenvolvimiento del fenómeno empresarial para luego justificar la existencia de las normas legales como una de las posibles soluciones a este planteo. Una posible manera de clasificar estos incentivos es a partir de función de los agentes a quienes afecta y de la estructura de capital que adoptan las compañías en un ambiente legal determinado.

Se pueden analizar desde esta visión los institutos que afectan las relaciones de los socios (y terceros) entre sí dentro una sociedad; como así también los incentivos generados a partir de normas que regulan las relaciones de la sociedad con terceros. La literatura económica por su parte se ha centrado más en el estudio de las organizaciones con independencia de su estructura legal arrojando un conjunto de teorías que suelen agruparse bajo la denominada teoría de la firma. Sin embargo, ambos enfoques no están divorciados y es posible encontrar importantes puntos de contacto que permiten justificar en términos económicos la existencia de normas de derecho societario.

El presente trabajo tiene por finalidad esbozar una introducción al fenómeno del análisis económico del derecho societario desde la tradición continental romanista, en la que se enmarca nuestro sistema legal. Ello pues la mayoría de los estudios en la materia responden a las estructuras legales de países con un sistema legal basado en el Common Law.

En esta línea se analizarán las corrientes fundamentales de la teoría de la firma. Seguidamente se estudiarán los institutos de la limitación de la responsabilidad y la tipología societaria a la luz de un esquema costo beneficio. Luego se estudiarán las relaciones intra societarias con especial foco en la economía de los sistemas de gobierno corporativo como mecanismos de solución de los problemas de principal – agente, haciendo especial referencia a los incentivos presentes en algunas legislaciones societarias, tomando como parámetro la argentina, pero teniendo en cuenta que ella es meramente ejemplificativa. Luego se presentará una posible interpretación económica que puede realizarse a partir de los casos expuestos. Finalmente se explicarán ciertos institutos de la ley de sociedades como la doctrina de la imposibilidad de la personalidad societaria y su impacto en el comportamiento de los administradores<sup>2</sup>.

Los temas tratados nos buscan ser abarcados en su totalidad, por el contrario, se intenta presentar intuiciones básicas sobre la cuestión puntualizando, cuáles podrían ser aquellos temas que podrán ser objeto de futuras investigaciones.

*1 Profesor de la maestría de análisis económico del derecho de la Universidad Torcuato Di Tella. Director del departamento de Economía y Ciencias Políticas ESEADE. Profesor de Análisis Económico del derecho en la Universidad de Buenos Aires y Universidad Argentina de la Empresa. Asociado del estudio GHB.*

*2 De manera intencional se ha utilizado en forma muy limitada en este capítulo todo tipo de exposición formal. Las existentes tienden meramente a expresar intuiciones y la idea general puede comprenderse con prescindencia de las mismas. El lector interesado en las aplicaciones formales puede encontrarlas en las referencias bibliográficas citadas al pie. Debe hacerse la salvedad que muchos de los modelos allí planteados responden a parámetros que no resultan siempre consistentes con la práctica societaria local.*

## II - LA TEORÍA DE LA FIRMA, EL GOBIERNO CORPORATIVO Y EL DERECHO SOCIETARIO<sup>3</sup>

El estudio de la economía del fenómeno societario puede realizarse a partir de una aproximación de la denominada teoría de la firma. De hecho mucho del vocabulario presente en materia de gobierno corporativo proviene de dichos estudios económicos<sup>4</sup>.

Hay que destacar que el mercado es por excelencia el mecanismo a través del cual se pueden realizar transacciones de manera eficiente, y en tanto se asuma que éste funciona eficientemente no existiría razón de ser para el fenómeno de las firmas, las cuales resultan ser mecanismos alternativos que surgen a partir de la existencia de costos de transacción<sup>5</sup>.

El hecho por el cual ante la existencia de un mercado como entidad perfecta no hay lugar para las firmas, resulta de asumir la ausencia de fallas en el sistema de precios y que en consecuencia es posible realizar contrataciones que contengan toda la información relevante y que no sea necesario nunca ejecutar. En este escenario no hay lugar para el análisis de las estructuras institucionales<sup>6</sup>. La única tarea reservada a la administración y a la firma en la teoría tradicional de precios resulta de la utilización óptima de insumo - producto, y en tanto los cálculos de dichas relaciones pueden hacerse sin costo pues la información sobre los mismos está completamente disponible no es necesaria ningún tipo de apreciación adicional sobre el lugar que ocupa la empresa o la teoría de la administración dentro de la misma<sup>7</sup>.

Alguna literatura ha categorizados a las diferentes aproximaciones a la teoría de la firma en dos grandes grupos. El primero se centra en el estudio de la firma asumiendo estas hacen más eficiente la producción que a través de contratos independientes; mientras que el segundo se focaliza en el estudio como estructuras de gobierno y de organización<sup>8</sup>.

### a. *De los costos de transacción a los contratos incompletos.*

Ahora bien, si se deja de lado el supuesto de ausencia de fallas y entendemos que existen imperfecciones en el mercado, entonces las firmas pueden ser entendidas a partir de la existencia de problemas de información que acontecen en el mismo. En este escenario el mercado no permitirá asignaciones eficientes de manera automática y los contratos en el mercado no serán a costo 0.

En el ya clásico estudio realizado por Coase la firma surge como un mecanismo para reducir esos costos de transacción. En este contexto puede decirse que la existencia de contratos de trabajo implica una relación de subordinación entre empleado y empleador; de manera tal que los costos de contratación producto de contratar y monitorear de manera independiente en el mercado se verían reducidos<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> La palabra firma puede entenderse también en el contexto local como empresa. En el presente capítulo firma y empresa se entienden como sinónimos.

<sup>4</sup> BRATTON, W; "The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History", *Stanford Law Review*, Vol. 41, (1989), p. 1471-1527.

<sup>5</sup> COASE, Ronald; "The Nature of the Firm", *Económica*, Vol. 4, (1937), p. 386-405. Existe traducción al castellano en: Roemer, Andrés (comp) "Derecho y Economía una revisión de la Literatura", FCE, México 2000, pp 558.

<sup>6</sup> FOSS, N - LANDO H- STEEN T, "The Theory of the Firm", *Encyclopedia of law and economics*, disponible en <http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/5610-the-theory-of-the-firm.pdf>, visitada por última vez el 30/10/2016.

<sup>7</sup> DEMZET, Harold; "The Theory of the Firm Revisited", *Journal of Law Economics and Organization*, Vol. 4. NO.1, (1988), p.141-162.

<sup>8</sup> MÄNTYSAARI, Petri; "Organizing the firm; Theories of Commercial Law Corporate Governance", Springer, 2011, Berlín.

<sup>9</sup> COASE, R; "The Nature of the firm", *op. cit.*

El costo más obvio de utilizar el sistema de precios resulta de determinar cuáles de esas señales son relevantes para las transacciones, como así también la incertidumbre propia de generar contratos a largo plazo en un escenario de información incompleta e imperfecta, en tanto no es posible determinar con certeza un incumplimiento que podría acarrear la pérdida de los costos hundidos de la parte cumplidora.

La firma sustituye una serie de contratos por uno solo en donde se establece una relación jerárquica que implica una disminución en los costos. Sin embargo, este tipo de contratación también conlleva costos, y son aquellos que se refieren a la extensión de la firma. El costo marginal de realizar transacciones adicionales dentro de una empresa aumenta con el tamaño de la empresa, pudiendo llegar al caso en donde los empresarios no logren asignar dentro de la firma los factores de la producción donde resulten más eficientes<sup>10</sup>.

De esta manera es posible determinar también la extensión óptima de la firma, la cual resultará de que el costo marginal de expandir la firma sea igual al costo marginal de utilizar contratos independientes<sup>11</sup>.

No se puede pasar por alto la existencia de críticas al estudio de Coase a partir de la idea de costos de transacción. Principalmente porque este enfoque puede llevar a una sobre simplificación del tema, si se afirma que la justificación en la existencia de empresas resulta de una igualación de los costos de tercerización de la producción vis a vis los costos de producción interna; dado que existen además de estos una cantidad de elementos tales como la alineación de incentivos *intra* firma, la dispersión del conocimiento, entre otros<sup>12</sup>.

Otra crítica formulada a la teoría de los costos de transacción -realizada por Alchian y Demsetz, quienes definen a la firma como una organización contractual de insumos-, resulta de mostrar un potencial razonamiento circular en el argumento. Sostener que las firmas existen por los costos de utilizar el mercado puede ser sostenido de manera inversa y permitiendo afirmar que los mercados existen por los costos de utilizar las firmas<sup>13</sup>.

Otra línea argumental central en el estudio de la teoría de la firma es la teoría institucionalista de Williamson. De manera muy resumida puede decirse que este enfoque descansa sobre dos contribuciones previas. Por un lado la realizada por Arrow, quien explica que las fallas del mercado no resultan absolutas, en cambio en ciertas ocasiones existen costos de transacción que impiden el funcionamiento del mercado<sup>14</sup>. Por otro lado la contribución de racionalidad limitada realizada por Simón, quien propone la imposibilidad por parte de los decisores de conocer todos los estados del mundo posibles, y de procesar toda la información disponible sobre los estados del mundo conocido en base a la ocurrencia previa<sup>15</sup>.

Williamson adopta la definición de Arrow en términos de costos de transacción como costos de operar en el mercado. La existencia de costos de transacción depende de tres factores: racionalidad limitada, oportunismo, y la especificidad de los activos.

<sup>10</sup> COASE, *op. cit.*

<sup>11</sup> COASE, *op. cit.*; DEMZET, *op. cit.*

<sup>12</sup> DEMZET, Harold; "The Theory of the Firm Revisited" *op. cit.*

<sup>13</sup> ALCHIAN, Amir - DEMZET, Harold; "Production, information cost and economic organization", *American Economic Review*, Vol. 62, (1972), p. 777-95.

<sup>14</sup> Claire A. Hill, James L. Krusemark, Brett H. McDonnell, Solly Robbins Edward Elgar Publishing, UK. 2012

<sup>15</sup> SIMON, Herbert; "A behavioural model of rational choice", *Quarterly Journal of economics*, Vol. 69, (1955), p. 99-118.

Mientras que el oportunismo describe comportamientos de los agentes que intentan capturar beneficios sin afrontar el correspondiente costo la especificidad de los activos hace hincapié en el grado en el cual una determinada cantidad de activos físicos o intangibles se encuentran afectados a un determinado tipo de relación de intercambio y que por tanto no pueden utilizarse en usos alternativos. Mientras que la existencia de una especificidad total de los activos lleva a un monopolio bilateral, la ausencia absoluta de especificidad de los activos permite la asignación eficiente por parte del mercado<sup>16</sup>.

De esta forma el surgimiento de una forma de organización vertical emerge como una forma de reducir los problemas de oportunismo que resultan de la existencia de especificidad de los activos, en tanto se reconoce que el mercado no opera de manera perfecta y que los contratos no son celebrados de contado, sino que resultan a plazo y puede existir oportunismo contractual por alguna de las partes

Si los contratos son incompletos y una parte en una relación contractual ha incurrido en costos hundidos en el desarrollo de un activo específico, ello puede llevar a la apropiación de la inversión de manera oportunista, alegando la amenaza de terminar el contrato<sup>17</sup>.

Podría afirmarse en algún sentido que las diferentes formas de organización de las firmas se encontrarán en un continuo dependiendo del nivel de especificidad de los activos en el mercado. Las formas organizacionales que puedan generar los productos demandado incurriendo en menores costos (en los que se incluyen aquellos de administración y monitoreo), serán las que subsistan.

Si se enfoca el fenómeno de firma como un sistema complejo de contratos escritos y no escritos, podría afirmarse que en la medida que los costos de transacción fueran bajos el mercado generaría incentivos para que los administradores de las firmas adoptaran mecanismos óptimos de *management*. Veremos luego que esta idea es una de las justificaciones posibles para un sistema de responsabilidad de los administradores. Por otro lado, y ante la presencia de costos de transacción elevados, el marco institucional resulta relevante a la hora de proporcionar estos mecanismos de gobierno y administración que ayuden a reducir dichos costos. Ahora bien, los costos de contratación intra-societarios no son únicos ya que van a variar de acuerdo a las estructuras organizacionales de cada mercado.

En términos generales puede decirse que el marco institucional societario debe entonces permitir la generación del contrato constitutivo de sociedad de manera de forma tal que elimine los incentivos generados por la disparidad de posibles intereses opuestos<sup>18</sup>. Dicho en otros términos la mayor flexibilidad del contrato constitutivo facilita la eliminación de externalidades.

Esta línea de argumentos parece consistente con la conceptualización que la doctrina legal realiza del fenómeno societario en términos de contrato plurilateral de organización, en tanto lo entiende como aquella situación En donde existe una auto composición de intereses de los socios, remarcando que Lo que interesa para caracterizar un contrato plurilateral, no es una pluralidad de personas, sino la pluralidad de partes, entendidas como "centros de intereses"<sup>19</sup>.

16 DIETRICH, Michael; "Transaction Cost Economics and Beyond. Towards a new economics of the firm", Routledge, 1994, Londres, p. 21-26.

17 FOSS, N. - LANDO, H- STEEN T, "The Theory of the Firm" op. cit.

18 Sobre el problema de intereses a nivel intra societario véase en este capítulo la sección sobre problemas de principal agente

19 C. Nac. Com. Sala A, "Stefani, Oscar y otro v. Pomavi S.A. y otros" 22/08/2001, citar lexis 30002516.

Así el objeto de la sociedad, como contrato plurilateral de organización o asociativo, posee especiales características, de las cuales una se exterioriza: el objeto social. En nuestro ordenamiento societario éste consiste en la actividad económica en vista de la cual se estipula el contrato de sociedad, por el que el organismo societario se exterioriza y desenvuelve. Su "determinación" (art. 11 Ver Texto inc. 3 ley 19550) permite: i) indicar las actividades económicas en que se invertirá el patrimonio, ii) definir el interés social y iii) fijar las facultades de obrar y limitar la responsabilidad de los órganos sociales<sup>20</sup>.

La conceptualización del contrato de una sociedad tal como se ha entendido en la jurisprudencia local guarda una cierta semejanza con los objetivos asignados por la literatura económica sobre la cuestión. Cualquier contrato que regula una organización especificar la naturaleza de los derechos de los accionistas y el proceso de toma de decisiones entre los agentes que conforman la organización<sup>21</sup>.

- a. Los contratos que conforman las organizaciones (en especial los contratos constitutivos de sociedades comerciales) delimitan la responsabilidad que acepta cada uno de los socios al momento de conformar la sociedad.
- b. El proceso de decisión, desde el punto de vista de la teoría de la firma fue ignorada en la posición más neoclásica, en tanto esta se centraba en el *entrepreneur*, como agente básico de decisión y que por lo tanto concentraba el poder de decisión.

De lo dicho precedentemente se sigue que, si bien existen diferencias entre las teorías que explican la naturaleza del derecho societario y las teorías de la firma, no es menos cierto que las normas jurídicas, al menos en materia comercial, suelen estar de forma más o menos clara alienadas con los incentivos que persiguen los agentes del mercado<sup>22</sup>.

La existencia de empresas responde entonces a la necesidad de organizar la producción y la distribución de bienes y servicios. La producción y distribución requiere de ciertas estructuras organizacionales que permita alcanzar este objetivo. Esta actividad no se realiza de manera perfecta sino bajo la existencia de costos de transacción. Se torna entonces relevante el marco institucional con el objetivo de reducir los mismos. Si bien el estudio de la organización de las formas de producción resulta ajena al derecho, no es menos cierto que la existencia de estructuras legales que permitan reducir los costos de transacción que resultan de los problemas informacionales generarán.

*El teorema fundamental de la teoría de los costos de transacción y la teoría de la firma.*

Con independencia de las críticas que se han formulado a la noción de costos de transacción y su aplicación a la formación de las empresas es posible conceptualizar a los mismos en términos de costos de producción entendidos como costos de management y costos de contratación. Las organizaciones económicas pueden formarse de dos maneras: a. la primera a través del mercado y la segunda a través de una integración vertical. En este último caso el control de la asignación de recursos y la administración del management darán por resultados los correspondientes costos de transacción. Lo dicho puede explicarse también en un escenario en dos periodos<sup>23</sup>

20 C. Nac. Com. Sala, B "Forns Eduardo A c/ Unatú S.A y otro, JA. 2003 IV 897.

21 FAMA, Eugene – JENSEN, Michael; "Separation of Ownership and control", *Journal of Law and Economics*, Vol. 26, No. 2, (1983), p. 301-325.

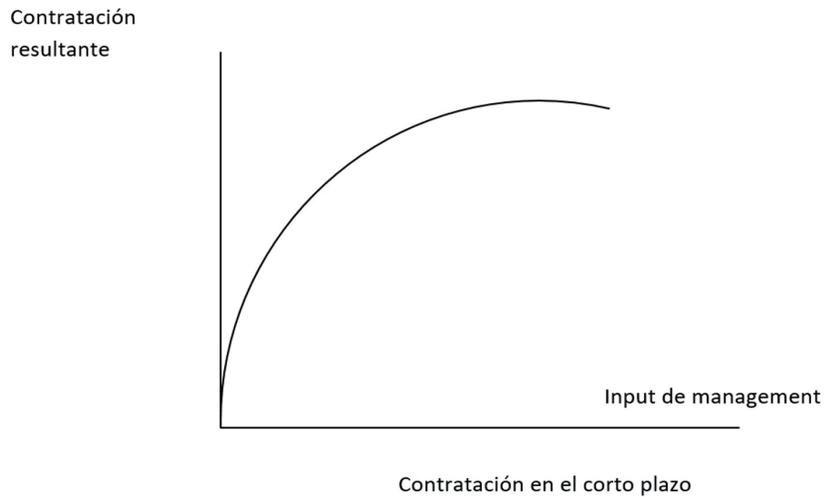
22 Para una explicación más extendida sobre la actividad de los agentes de mercado y el rol del derecho y de los jueces en el derecho societario véase KORNHOUSE, Lewis en KRAUS, Jordy – WALT, Setoen; "Corporate law and the maximization of social welfare", Cambridge University Press, 2007, Reino Unido, p. 87-108

23 DIETRICH op cit. p. 32 y ss.

En un escenario de dos plazos (corto plazo (cp) y largo plazo (lp)) resulta que:

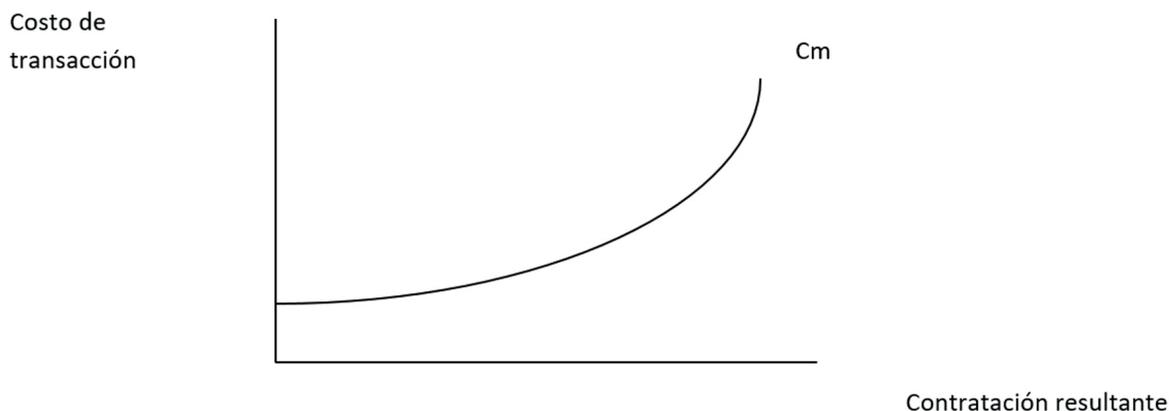
- a. En *cp* la cantidad de actividad de management disponible es dada y utilizada en su totalidad.
- b. En *lp* la cantidad de management es variable.
- c. En *cp* la única manera de aumentar la actividad de management es retirarla de otras actividades.
- d. La aplicación actividad del management arroja como resultado un determinado nivel de contratación

Gráfico 1



Según se sigue del gráfico 1, el resultado de la contratación en *cp* es directamente proporcional al esfuerzo empleado en la actividad de management, pero el retorno resulta decreciente dada las limitaciones para procesar la información y las limitaciones tecnológicas de un momento determinado. El precio del input de management puede medirse en términos de los costos de transacción presentes, entendidos como costos de contratación.

Gráfico 2



Entonces, según lo expuesto en el párrafo precedente puede entenderse que existe una relación directa entre el aumento de las formas administración y el resultado de los contratos en términos de delimitación de las responsabilidades y distribución de las funciones, lo que lleva a un aumento en el costo marginal por cada unidad de management que se agrega para generar un mejor resultado en términos de precios de los productos o delimitación de las responsabilidades. Esta intuición es la que se ilustra en el gráfico 2.

De la combinación de ambas explicaciones puede decirse que: es posible economizar los costos de contratación utilizando contratos parciales y una buena administración en lo que respecta a los inputs humanos y la internalización a través de una propiedad unificada de los activos no humanos. En otros términos puede también decirse que la reducción de costos será función del nivel de especificidad de los activos, la frecuencia de uso y el grado de incertidumbre<sup>24</sup>.

#### *La teoría de la agencia. Una breve referencia*

Es claro que ninguna explicación sobre el fenómeno de Gobierno Corporativo y su relación con la teoría de la firma. La aplicación de la teoría de Coase parte de la importancia de los derechos de propiedad para asignar incentivos y castigos en el marco de una estructura organizacional. Sin embargo el trabajo seminal de Jensen y Meckling muestra que los costos de monitoreo por la separación entre propiedad y control son reales y que el nivel de los mismos es función de la estructura normativa y de los valores que impregnan la cultura legal en un momento de terminado en un sistema de normas determinado<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> DIETRICH, *op. cit.* p. 36.

<sup>25</sup> Jensen, Michael C., and William H. Meckling. "Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure." *Journal of financial economics* 3.4 (1976): 305-360.

### III - LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD Y LOS INCENTIVOS A LA INVERSIÓN. UNA JUSTIFICACIÓN DE LOS TIPOS SOCIETARIOS EN LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES Y LOS DEBERES DE REGISTRO SOCIETARIO.

La explicación de la existencia de normas que limiten la responsabilidad de los socios puede entenderse a partir de la reelaboración de conceptos ya expuestos. Así se puede retirar la idea según la cual la existencia de normas de derecho societario parece responder a dos factores básicos, a) la organización interna y el consiguiente encauce de la reducción de costos de producción/transacción a los que se refiere la teoría de la firma -aquí es donde se encuentran las normativas referidas a la responsabilidad de los administradores y el gobierno societario, como así también normas que regulen la convivencia de los accionistas entre sí-; b) las relaciones que la sociedad como sujeto de derecho diferenciado de los socios entable con terceros, En este caso lo fundamental será eliminar los problemas de riesgo excesivo por parte de los socios a partir de la existencia de responsabilidad limitada.

Esta explicación no estará completa si no se agrega la existencia de un sujeto de derecho diferenciado de sus creadores, y la forma que debe adoptar el mismo. Ello lleva a ver la relación entre la limitación de la responsabilidad y la existencia de tipos societarios.

#### a. La Limitación de la responsabilidad.

La limitación de la responsabilidad permite a los individuos asignar fracciones de su capital a diferentes proyectos de inversión, sin ocasionarle pérdidas ruinosas en caso de que se produzca la quiebra de la sociedad en la cual invirtió<sup>26</sup>.

A continuación, ofrecemos una explicación de los incentivos de los individuos frente a los dos escenarios.

#### i. Escenario sin limitación de responsabilidad

Un individuo enfrenta la siguiente decisión a la hora de invertir:

Invertir (*I*) o no Invertir (*NI*) una cantidad  $k$  de capital. Si invierte tiene una probabilidad  $p$  de tener éxito y una probabilidad  $h$  de no tener éxito. Si tienen éxito obtendrán  $k+1$ ; si no tienen éxito perderán  $h(k)$ . Pero también enfrentan la posibilidad de  $h'$  de un escenario ruinoso en donde pierden  $n$  ( $n > k$ ). Esto quiere decir que si no tienen éxito en la inversión existe una chance de que no solo pierdan el capital sino además que pierdan más del capital invertido (que los acreedores agredan su patrimonio personal).

En este caso para que el proyecto de inversión se realice *debe ocurrir que*  $p(k+1) > hk/h'n$ .

Ello pues, el inversor deberá ponderar cuanto de las chances que tiene de fracasar en su empresa implicarán no solamente perder el capital invertido sino también que se agreda su patrimonio personal.

#### ii. Escenario con limitación de responsabilidad

En este caso para que el proyecto de inversión se realice *debe ocurrir que*  $p(k+1) > hk$

La intuición es la siguiente: la limitación de la responsabilidad permite eliminar el riesgo que debe enfrentar el individuo en términos de evaluar no solamente que el proyecto fracase sino además las posibilidades de que agredan su patrimonio. En tal sentido muchos proyectos de inversión quedarían sin realizarse y sería más costoso canalizar el ahorro hacia actividades productivas.

26 Halpern, Paul - Trebilcock, Michael - Turnbull, Stuart; "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law", The University of Toronto Law Journal 1980 Vol. 30 pp 117-150

Por ello para facilitar los emprendimientos comerciales y promover el desarrollo económico, el legislador les ha otorgado a los particulares prerrogativas exorbitantes del derecho común y, como contrapartida, ha sometido a dichos particulares a diversas regulaciones y controles ejercidos por órganos administrativos y judiciales<sup>27</sup>.

Como ya se ha mencionado la limitación de la responsabilidad debe ir acompañada de la creación de un nuevo sujeto de derecho sobre quien recaerán los actos y que ellos se imputen de manera diferenciada de los socios<sup>28</sup>. De esta manera, mientras que en el caso de las sociedades con responsabilidad ilimitada los socios actúan afianzando las obligaciones de la sociedad, en el caso de la responsabilidad limitada ese riesgo es transferido directamente a los terceros que deciden contratar con la sociedad.

En el caso de mercados perfectos el riesgo que corre quien decide contratar con una sociedad con responsabilidad limitada podría ser sustituido con un seguro. La prima del seguro sería equivalente al nivel y calidad de la deuda de la sociedad. Sin embargo, los problemas de información resultan una limitación al mecanismo de seguros, al menos para sociedades pequeñas en donde la propiedad y la administración está altamente concentrada.

#### b. Breve justificación de los tipos societarios.

Cuando las normas de derecho societario son eficientes impiden que los accionistas generen comportamientos estratégicos respecto de los terceros contratantes con la sociedad. De igual modo también impiden a los socios controlantes que actúen bajo comportamientos estratégicos respecto de los socios minoritarios<sup>29</sup>.

Siguiendo las nociones básicas planteadas por la teoría de Coase, ya mencionada, se puede entender el surgimiento de las empresas como el resultante de los costos de operar en el mercado. De manera similar, una posible explicación a la estructura de tipos legales societarios preestablecidos por la ley resulta de asumir que los contratos completos no existen y que existe un costo de monitoreo por parte de los terceros contratantes con la sociedad en relación al contenido de los derechos y obligaciones que asumieron los socios al momento de la constitución<sup>30</sup>.

La existencia de tipos societarios y las correspondientes obligaciones registrales contenidas en la ley (vgr. Art. 7 LSC) tienen por objetivo principal reducir los problemas de información de terceros contratantes con la sociedad pre estableciendo ciertos parámetros que resultarán homogéneos y que aumentarán el nivel de información que se presupondrá conocida en el mercado. Tal es la importancia de brindar información a los propios socios y a los terceros contratantes que la no inscripción de la sociedad en el correspondiente registro implica asimilarla a no cumplir con los tipos previstos por la ley. Esta afirmación es meramente descriptiva y no implica afirmar que el sistema de tipos societario sea más eficiente. Así por ejemplo podría realizarse una comparación entre la eficiencia de un sistema de tipos societarios y un sistema de seguros en un mercado imperfecto el cual, como ya se indicó también serviría para afrontar los costos de riesgos no percibidos al momento de contratar<sup>31</sup>.

27 CN Com, Sala E, 9/5/2006 "Comisión Nacional de Valores v. Banco Hipotecario S.A." Citar Lexis 70025327.

28 Tal es el caso de lo prescripto por el art. 2 de la LSC.

29 ROE, Mark; "Corporate Law's Limits", *the Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. 2 (2002), p. 233-271.

30 Un argumento similar, utilizando una comparación entre la Teoría de Coase y la de Lon Fuller, puede encontrarse en: PAGANO, Ugo; "Marrying in the Cathedral A framework for the analysis of corporate governance" en ELGAR, Edward; "The Law and Economics of Corporate Governance", Alessio Pace Ed., 2010, UK, p. 264-287.

31 Un análisis de la eficiencia de los tipos societarios excede los alcances del presente capítulo.

Lo dicho tampoco implica afirmar que bajo un sistema de reglas los individuos estén más informados sobre la contratación que en un sistema de estándares. Ello pues la imposibilidad que tenemos los seres humanos de procesar la totalidad de los estados del mundo se encuentra presente ya sea en un sistema de reglas como en un sistema de estándares<sup>32</sup>.

Si se adoptara un sistema de “tipos societarios libres” se incrementaría sensiblemente el trabajo de interpretación de los jueces en caso de que emerjan responsabilidades frente a terceros o entre los socios. A su vez aumentaría los costos de negociación de los términos a incluir en el contrato de sociedad, en tanto requeriría un mayor esfuerzo de investigación por parte de quien desee contratar con la sociedad y un mayor esfuerzo de las sociedades por dar a conocer la intención de no defraudar los derechos de terceros.

Por otra parte la existencia de reglas bien definidas aumenta el nivel de certeza en relación al comportamiento de las partes afectadas por la norma, economizan la actividad interpretativa a la vez que reducen el costo de redacción de los contratos<sup>33</sup>.

Esto es consistente con lo que resulta con la exposición de motivos de la ley de sociedades en donde se referencia expresamente que la solución de tipos societarios *ad solenmitaten* es adoptada en función de los trastornos que implicaría una solución diferente a la seguridad jurídica<sup>34</sup>.

También resulta consistente con lo expuesto por nuestros tribunales sobre el objetivo del registro al momento de la sanción de la ley, en este sentido se adujo que: “*La Ley de Sociedades de 1972 se apartó del sistema de la autorización que establecía el Código de Comercio, conforme a cuyo art. 318 se encomendaba al Poder Ejecutivo el control de la legalidad y de la oportunidad o mérito cada vez que se constituía una sociedad anónima, control este último ordenado a la tutela del interés público. La liberalización del régimen genérico que para la sociedad anónima introduce la ley 19550, atiende a la verificación del cumplimiento de los requisitos legales y fiscales (arts. 6 y 167), sin que ello importe, sin embargo, una indiferencia respecto del interés público comprometido con el funcionamiento de las sociedades anónimas, según resulta de lo preceptuado por los arts. 301, inc. 2, y 303, incs. 2 y 3 (Otaegui, J. C., “Invalides de actos societarios”, 1978, p. 271). Esto sentado, se pone de manifiesto que las funciones de la autoridad administrativa se encuentran centradas en la comprobación de la legalidad sustancial del acto constitutivo, verificando si fueron cumplidos los requisitos a que la ley sujeta la constitución de la sociedad; ello sin óbice para las atribuciones que son inherentes al resguardo del interés público que la propia ley le encomienda, según quedó dicho. Lo aseverado no importa atribuir a la autoridad de control otras facultades que las derivadas del régimen vigente, conciliándose el resguardo de la ley y del interés público con las garantías constitucionales de la propiedad y del debido proceso (Halperín, I., “Sociedades anónimas”, Buenos Aires, 1974, ps. 749/750). Pero, al propio tiempo, da las pautas interpretativas para la necesaria armonización de la ley 18805 y su decreto reglamentario 2293/1971 con la regulación societaria de la ley 19550, en orden a las facultades de la autoridad de control*”<sup>35</sup>.

Sin embargo, el costo de una legislación con alto grado de especificidad basada en tipos societarios ex ante, resultará probablemente, en el mediano plazo, en un desdoblamiento entre la conducta especificada en la norma y la conducta desarrollada efectivamente. Esto es particularmente relevante en áreas en las situaciones fácticas mutan con gran facilidad como es la realidad de los negocios.

La literatura ha indicado que cuando ambientes altamente regulados se enfrentan a entornos cambiantes se genera una alta probabilidad de que las leyes se vuelvan obsoletas<sup>36</sup>.

32 KAPLOW, Luis; “Rules vs Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal*, Vol. 42, No. 3 (1992), p. 557-629.

33 PARISI, Francesco – VINCI, Fon; “The Economics of Law Making”, *Oxford Univ. Press*, 2009, Reino Unido, p. 11-29.

34 ZUNINO, Jorge; “Régimen de Sociedades Comerciales”, Ed. Astrea, 2008, Buenos Aires, p. 24 – 25.

35 C.Nac. Com, Sala C 21/05/79 “Macosa S.A. y otras” *Citar Lexis* 35012334.

36 EHRLICH, Isaac – POSNER, Richard; “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies*, Vol.3, (1974), p. 257-286.

Los modelos existentes sobre el punto indican que si el ambiente al cual la norma se aplica está sujeto a shocks exógenos un menor grado de especificidad es deseado<sup>37</sup>.

En este punto la intuición provista por el análisis económico del derecho se separa de aquella propuesta por la ley, la cual en su exposición de motivos argumenta que la solución adoptada respecto de los tipos societarios no importará un estancamiento de la incorporación de nuevas formas porque ello quedará siempre dentro de la competencia del legislador<sup>38</sup>.

Un claro ejemplo sobre este punto es la falta de incorporación de nuestra legislación nacional de sociedades de un solo socio. En este sentido no pareciera haber motivos al menos desde la eficiencia que impidan la incorporación de este tipo de figuras.

También ha de mencionarse que la legislación no ha dejado de captar la realidad en lo que refiere a que puedan existir otro tipo de estructuras organizacionales no comprendidas en los tipos previstos. Nos estamos refiriendo a las sociedades irregulares y, de hecho. Así pudiendo haber privado de personalidad a este tipo de entidades, la ley les ha reconocido personalidad societaria, pero las “sanciona” privándolas de la posibilidad de poder acceder a una responsabilidad más limitada para los socios (recuérdese que aún en el tipo societario con mayor nivel de responsabilidad para los socios -vgr la sociedad colectiva-, esta tiene carácter subsidiario, cuestión que no ocurre en las sociedades de hecho). Resta puntualizar la relación directa que pareciera existir entre el grado de especificación del tipo societario y obligación de registración. En otros términos, cuanto mayor es el nivel de limitación de la responsabilidad en el tipo societario adoptado, mayores cargas registrales se imponen. Entonces el nivel óptimo de requerimientos registrales estará dado por el costo marginal de la información que se busque brindar.

Una explicación posible para este fenómeno es que el sistema societario busca evitar un problema de selección adversa que pueda conllevar una retracción en realización de proyectos de inversión por parte de unidades súper habitarias en la economía. Para mitigar este tipo de fenómenos la ley propone dos mecanismos uno ex ante y otro ex post. El mecanismo ex ante está dado precisamente por una serie de normas imperativas que obligan a homogeneizar y encausar los negocios en ciertas estructuras legales, predeterminadas por el legislador con el convencimiento de que responden a la necesidad corriente de los negocios, generando un tipo de “menú fijo” de niveles de riesgo que el tercero contratante puede conocer a través de un sistema también imperativo disclosure de información por parte de quienes buscan obtener el privilegio de contar con la responsabilidad limitada a su inversión. Por otro lado, los mecanismos *ex post*, que serán desarrollados en la siguiente sección, se encuentran integrados por un conjunto de sanciones legales (inoponibilidad de la persona jurídica, extensión de quiebra) que conlleven la pérdida del privilegio de la limitación de la responsabilidad en el caso que los socios adopten más riesgo del óptimo e intenten trasladar el resultado de ese riesgo adicional a los acreedores.

De lo dicho se sigue entonces que a actividad registral surge como un costo de administración necesario para brindar mayor información a los terceros interesados. Así se ha dicho que: *La presentación oportuna a la IGJ de los estados contables impuesta por el art. 67, in fine, LSC. a las sociedades anónimas, constituye un recaudo de publicidad cuya razón de ser básica es la de que cualquiera que tenga un interés lícito vinculado con la sociedad pueda conocer su estado patrimonial (ver Zaldívar, E., “Cuadernos de derecho societario”, t. I, 1973, p. 352, n. 23.9; Roitman, H., “Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada”, t. II, art. 67, ptos. 3 y 4, 2006. ps. 98 y 99), congruente no solo con la limitación de la responsabilidad propia de tal tipo societario sino con la función económica de la sociedad comercial -en particular de la sociedad por acciones- como institución jurídica que permite la acumulación de capital para actividades productivas. Por consiguiente, lo sancionable no es un eventual daño concreto sino el hecho de impedir el cumplimiento de las finalidades de la Ley de Sociedades Comerciales indicada precedentemente (análog. C. Nac. Com., sala A, 5/7/2000, “Comisión Nacional de Valores v. Protto Hnos. S.A.”)*<sup>3</sup>

<sup>37</sup> PARISI, Francesco – VINCI, Fon. op. cit. p. 19.

<sup>38</sup> ZUNINO, Jorge, op. cit.

<sup>39</sup> CN Com. Sala D, 11/02/09 “Inspección General de Justicia -IGJ- v. Fragua S.A”, Citar Lexis 70052959.

#### IV - RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES, GOBIERNO CORPORATIVO Y PROBLEMAS DE AGENCIA.

##### *a. Breve descripción sobre los problemas de principal – agente.*

Al contrario de lo que ocurre en un mercado de competencia perfecta en donde los esfuerzos de los individuos encargados de administrar los bienes de otros individuos son perfectamente compensados, la existencia de problemas de agencia supone que existen fallas en la regulación de los mercados.

En un mercado de competencia perfecta los esfuerzos y los costos incurridos por los diferentes agentes de mercado son perfectamente observables. De manera contraria la teoría de principal-agente supone apartarse de esta afirmación y asumir que algún tipo de costo incurrido es información que una de las partes involucrada en la organización (el principal) no puede observar<sup>40</sup>.

Para explicar los problemas de principal-agente se asumirá que existe separación entre los quienes resultan propietarios de la sociedad y quienes administran la misma<sup>41</sup>. Quien decide invertir en la sociedad busca un retorno por dicha inversión. Sin embargo, puede no tener los conocimientos necesarios para obtener el mejor rendimiento de esta manera pueden seleccionar a individuos que estén mejor capacitados para que administren su inversión y maximicen su rentabilidad.

Si se asume que los inversores prefieren delegar el manejo del riesgo en individuos especializados y que la información en el mercado no es completa y perfecta existirá un problema en donde el dueño del capital (principal) tendrá problemas para monitorear a quien maneja su capital (agente) ya que este último posee más información que el primero sobre el desenvolvimiento cotidiano de la sociedad, por detentar una posición estratégica en los canales de información societaria. Así mientras el agente ocupa un lugar en el directorio órgano permanente de la sociedad, el principal (socio) ocupa un lugar en la asamblea que por definición es un órgano no permanente y que normalmente suele ser convocada por el directorio.

Esta distribución de posiciones puede redundar en algún tipo de externalidad negativa en tanto el agente obtiene acceso a información y a tecnología que puede llevar a comportamientos estratégicos y que impliquen una pérdida de bienestar para el principal. El agente puede por ejemplo tomar decisiones sub óptimas de inversión que le aseguren la permanencia en su puesto y lo alejen de eventuales acciones legales por parte de los dueños del capital. La ganancia que obtiene principal si bien sería positiva, sería sub óptima. De esta manera surgen los problemas de incentivos entre principal agente, resultando necesario lograr una alineación entre los mismos. Dicho en otros términos los insiders de las sociedades pueden utilizar los activos de las sociedades que resultan perjudiciales para los inversores e generando para los administradores beneficios que van más allá de las funciones pactadas<sup>42</sup>.

Será necesario contar con mecanismos que disuadan a los agentes del comportamiento oportunísimo que pueda llevar a resultados no eficientes.

40 HART, Oliver; "Corporate Governance Some theory and implications", *The Economic Journal*, Vol. 105, No. 430, (1995), p. 678- 689.

41 La existencia de problemas de principal-agente puede darse de igual modo en casos donde no exista una separación entre la propiedad y control; y en cambio se dé el supuesto de socios minoritarios no administradores que tienen poca participación en la vida societaria y socios mayoritarios que sí administran y cuentan con un claro protagonismo en el desarrollo cotidiano de la actividad.

42 LA PORTA, Rafael – LÓPEZ DE SILLANES, Florencio - SHLEIFER, Andrei - VISHNY, Robert; "Agency Problems and Dividend Policies around the World", *the Journal of Finance*, Vol 55, No. 1, (2000), p. 1-33.

Una solución posible para estos problemas es la existencia de mercados de capitales perfectos y mercados de managers. En estos casos aun cuando al inversor puede no interesarle la administración, si le interesará que la administración refleje los verdaderos riesgos de comprar cierto tipo de activo en el mercado. Así las señales que el mercado emite respecto del valor real de las compañías será un correlato directo de la administración de las mismas. En consecuencia, el inversor tendrá buenos incentivos para desarrollar un alto monitoreo respecto de los administradores. Por otro lado, si la entrada y salida de administradores fuese sin costo y el mercado de trabajo de administradores los malos administradores serían reemplazados rápidamente si en el mercado de capitales se descontara un valor sub óptimo de la firma debido al comportamiento del management. Aun cuando pueden existir mercados de capitales que funcionan *pseudo eficientemente*, no profundizaremos en este tipo de mecanismos en tanto la realidad societaria local no responde a este tipo de operatoria<sup>43</sup>.

Otra alternativa que puede existir para mitigar estos problemas de incentivos será a través de alguna forma de contrato. Si se asume la existencia contratos completos y aun cuando el mismo sea un supuesto de segundo mejor (el caso ideal sería el mercado auto regulado), se presentará un *trade off* entre el costo de la información que maneja el agente y el costo de redacción y ejecución del contrato<sup>44</sup>.

Es importante destacar que estos contratos en un primer momento resultarían comprensivos de todas las eventualidades que pueden surgir en el futuro y que los costos de ejecución del mismo serían inexistentes. Desde esta perspectiva aun cuando pueda justificarse los problemas de principal agente ello no alcanza para explicar la existencia de una regulación legal del gobierno de las sociedades. Ello ocurre en cambio cuando los costos de transacción en la redacción y ejecución de los contratos son elevados.

La literatura sobre costos de transacción, sobre todo a partir de la idea de racionalidad limitada, ha descripto los mismos como los costos de pensar y procesar todas las eventualidades posibles durante la relación contractual, existen costos de negociación de los managers y los costos de interpretación por parte de los jueces en caso que haya que ejecutar el contrato<sup>45</sup>.

Dada la existencia de estos costos de transacción las partes no suscribirán contratos completos resulta entonces necesario que existan normas legales que permitan poder internalizar eventualmente los comportamientos estratégicos que puedan resultar de los administradores.

El análisis de los problemas de principal-agente y la existencia de estructuras de gobierno corporativo resultará de una combinación de normas legales, de disposiciones estatutarias y del propio comportamiento interno de la sociedad.

Sobre este último punto ciertos autores han desarrollado posiciones según las cuales podría existir cierta relación entre la política de dividendos de las sociedades y el comportamiento de los inversores<sup>46</sup>. Esta afirmación afecta uno de los postulados de Modigliani - Miller, según el cual en un mundo sin costos de transacción (costos de quiebra, impuestos etc) y cuando la política de inversión resulta constante, la política de dividendos no tendrá consecuencias en la riqueza de los accionistas<sup>47</sup>. De manera contraria, esta posición sostiene que la política de dividendos puede resultar un mecanismo de protección a los accionistas minoritarios en tanto frente al pago de dividendos los insiders de la compañía no tienen más la capacidad de utilizar a discreción dichas ganancias.

43 FAMA, Eugene; "Agency Problems and the Theory of the firms", *Journal of Political Economy*, Vol. 88, No. 2, (1980), p. 288-307.

44 LAFFONT, Jean Jaques - MARTIMORT, David; "The Theory of Incentives", Princeton University Press, 2002, New Jersey, p. 28 y ss.

45 WILLIAMSON, Oliver; "The Economic Institutions of Capitalism", the Free Press, 1985, San Francisco. pp 58 y ss.

46 Las explicaciones brindadas sobre este tema deben ser adaptadas a las normas sobre política de dividendos según la ley argentina, en especial porque los órganos de gobierno que toman decisiones al respecto son diferentes en los Estados Unidos que en la Argentina. Para una introducción al tema véase: EAST-BROOK, Frank; "Two Agency cost explanations of dividends", *The American Economic Review*, Vol. 74, No. 4 (1984), p. 650-659.

47 STIGLITZ, Joseph, "A Re-Examination of the Modigliani-Miller Theorem", *the American Economic Review*, Vol. 59, No. 5 (1969), p. 784-793.

Otro argumento relaciona la existencia de cierta política de dividendos con las posibilidades de inversión de la empresa. Los dividendos funcionan en este sentido como una señal de la empresa en países que cuentan con poca protección para los accionistas minoritarios. Así en países con pocos mecanismos legales para la protección el pago de dividendos debería ser mayor si se busca atraer mayor inversión en el mercado de capitales<sup>48</sup>.

***b. Los problemas de principal agente la responsabilidad de los administradores y su relación con el gobierno corporativo.***

El problema de gobierno corporativo proviene principalmente de una situación principal agente en donde un sistema de propiedad disperso de las compañías termina generando en los administradores, que pueden ser o no su vez accionistas de la compañía incentivos diferentes a aquellos que poseen los dueños de las compañías.

Sin embargo, el planteo del problema en este sentido es sólo parcial. Hay que hacer notar que para un abordaje completo del problema de gobierno corporativo hay que partir de la noción de "corporación". En realidad el concepto que pretendo mostrar es más básico y se vincula con el concepto de organización y con ello se justifica la revisión de las teorías de la firma que se han hecho al comienzo del capítulo

Cualquier situación de análisis de este punto requiere para comenzar una descripción de las formas de propiedad sobre las empresas que existen y que soluciones han brindado las legislaciones sobre este punto. Al hablar de propiedad a nivel legal se entiende que un sujeto con capacidad legal suficiente ha realizado algún tipo de "contribución" aporte a la empresa contra el cual recibe un porcentaje de la propiedad de esa empresa.

Ahora bien, el concepto de empresa, no es un concepto jurídico. Es un concepto económico. El rol del sistema legal, sobre todo en lo que hace a las relaciones del tráfico mercantil es "darles cauce" brindar una estructura que asegure los derechos de aquellos que participan de las transacciones comerciales. En la empresa existen dos tipos de derechos principales que hay que asegurar el derecho que aquellos que realizan una contribución de bienes o servicios a la compañía y se vuelven socios o aquellos que financian, otorgándole crédito: Los acreedores.

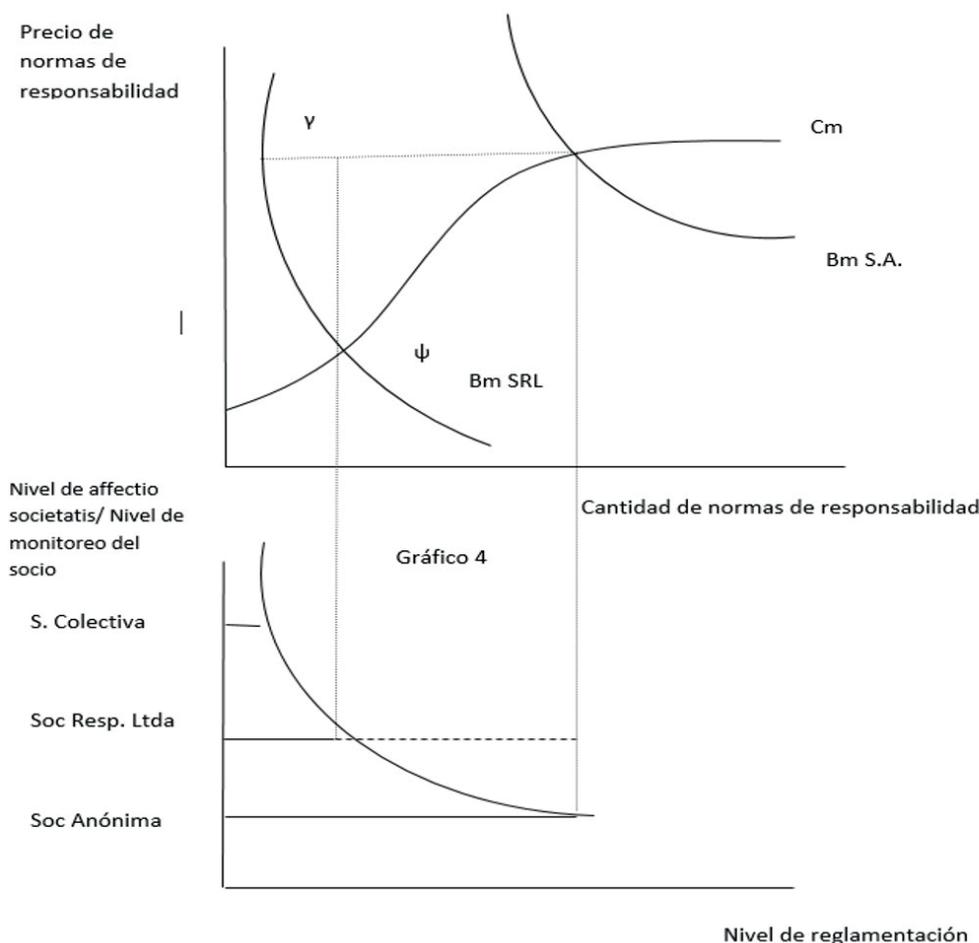
Si se entiende a la regulación societaria como un mecanismo necesario que busca reducir los costos de transacción que resultan de la organización empresarial, entonces las normas de responsabilidad de los administradores deben funcionar como incentivos para alinear el interés de los administradores (insiders) respecto de los inversores socios. Aun cuando este razonamiento sea más propio de sociedades de gran porte, sobre todo aquellas que hacen oferta pública de sus acciones, no resulta menos cierto que en pequeñas sociedades los accionistas mayoritarios, que logran colocar mayor cantidad de directores pueden ser considerados insiders, respecto del accionista minoritario.

El contrato de sociedad entendido como contrato de organización es, justamente, el mecanismo que permite determinar los alcances de la actuación de los administradores en la sociedad. Un detalle no menor es el grado de complejidad que adquiere el órgano de administración a medida que la sociedad se transforma de una *sociedad de personas* a una *sociedad de capital*. El esquema de incentivos de cada tipo societario en relación a la administración es directamente proporcional a la consideración del socio como inversor a la vez el nivel de monitoreo que el ordenamiento legal presupone del socio va disminuyendo a medida que nos acercamos a los tipos de societarios "de capital". En otros términos, a medida que la "affectio societatis" disminuye se asume un aumento de los costos de información entre insiders y outsiders, y frente a la ausencia de un mecanismo de mercado que pueda internalizarlo (Ej. mercado de capitales) el sistema legal se vuelve relevante para mitigar esos costos.

<sup>48</sup> LA PORTA *op. cit.*

Es claro que en la medida que exista un mercado que pueda alinear el esquema del administrador con su recompensa y exista separación entre propiedad y control. La performance de los administradores tenderá a solucionar el problema principal-agente por los incentivos que genera el mercado al realizar un análisis ex post de sus decisiones de administración en relación al beneficio esperado por los dueños del capital<sup>49</sup>.

Gráfico 3



En el gráfico 3 se muestra una noción muy intuitiva: la cantidad de normas que regulan la responsabilidad de los administradores conlleva un costo y un beneficio. El beneficio es función de la disminución del comportamiento estratégico de los administradores y la disminución de los problemas de agencia. El costo es función del desarrollo, aplicación e interpretación de las normas, como así también del monitoreo que los socios deben ejercer respecto de los administradores.

En el gráfico 4 se muestra una curva de indiferencia entre dos bienes el nivel de monitoreo que se asume un socio posee en un tipo social determinado y que está vinculado con su nivel de affectio societatis. El beneficio marginal que se obtiene por una mayor cantidad de regulación es función del tipo societario en el que nos encontremos puesto que en una sociedad donde por definición se presupone una fuerte participación directa de los socios el costo de la reglamentación es sustituido por el monitoreo directo

49 Fama, E. Agency Problems and the Theory of the Firm. *Journal of Political Economy*, 1980, 88(2), 288-307.

Un caso de particular interés es la existencia de socios con niveles de *afectio societatis* no demasiado bajos, que utilizan mecanismos societarios pensados para socios inversores. Esto es lo que cierta doctrina local ha denominado utilización patológica de la sociedad anónima. Si bien las responsabilidades de los directores de las Soc anónimas se aplica analógicamente a los directores de las Soc de Resp Limitada, se presupone que el socio de la SRL ejercerá un monitoreo mayor que el accionista de una Soc Anónima, por tanto, quien aceptando el costo de un nivel de monitoreo de una sociedad de responsabilidad limitada y constituye una sociedad anónima estará pagando un costo mayor al beneficio que recibe. En términos del gráfico está pagando el costo de  $\gamma$  mientras que recibe un beneficio de  $\psi$

Entre las normas que contiene nuestra ley en materia de responsabilidad se encuentra una norma genérica sobre el comportamiento respecto de los administradores. Ella delimita el marco de responsabilidad dentro de un estándar: el buen hombre de negocios.

La existencia de una regla de responsabilidad permite mitigar un efecto selección adversa en los administradores. A continuación, se detalla un escenario sin regla de responsabilidad y luego uno con regla de responsabilidad para luego comparar las consecuencias en una y otra situación.

*Escenario sin regla de responsabilidad:* Un administrador pacta con la sociedad la realización de un determinado nivel de actividad que implica un determinado riesgo y que es consistente con el nivel de riesgo que los socios están dispuestos a asumir. La realización de ese nivel de actividad está sujeto al monitoreo que los socios realicen del comportamiento del administrador y al nivel de confianza que ellos depositan en el administrador. Por su parte los socios esperan recibir un determinado retorno por la actividad del administrador.

Luego del contrato los socios enfrentan un costo por monitorear el nivel de actividad en tanto no están constantemente en la sociedad, el administrador en cambio tiene la posibilidad a un costo muy bajo de generar una ganancia mayor a la prometida en el momento inicial generando una ganancia marginalmente menor a los socios y con una probabilidad baja de ser capturado dada la relación entre confianza y monitoreo

Si los socios, llegaran a percatarse de la actuación del administrador lo despedirán, aunque no obtendrán compensación alguna (debe recordarse que no hay responsabilidad en este escenario). Sin embargo, al momento de contratar un nuevo administrador ellos disminuirán su nivel de confianza, invertirán más en monitoreo y probablemente reduzcan el pago al nuevo administrador, para compensar los mayores costos, en tanto no estarán dispuestos a ver reducido su retorno. Ello ocurrirá aun cuando el nuevo administrador no tuviera intenciones de incumplir el contrato original.

*Escenario con regla de responsabilidad:* En un escenario con regla de responsabilidad el administrador negligente encontrará más costoso tomar la decisión de desviarse del contrato pactado, pues si bien puede llegar a obtener un retorno mayor al prometido, si se lo encuentre culpable de negligencia el pago efectivamente percibido sería menor que el retorno original.

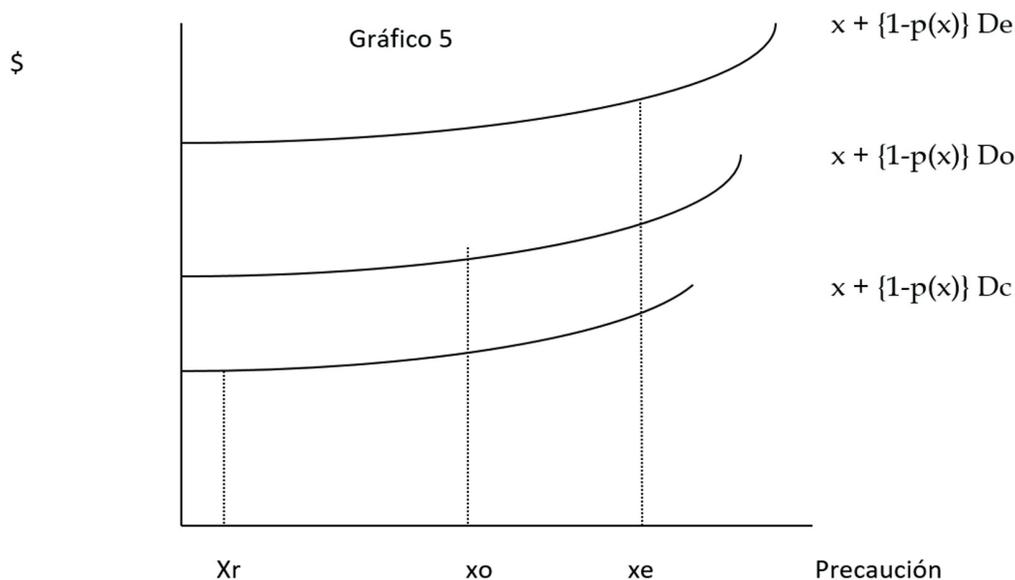
La explicación, aun cuando puede resultar algo técnica, intenta *ilustrar la siguiente intuición:* frente a la ausencia de reglas de responsabilidad los socios no tienen mecanismos para mitigar que el administrador tome un nivel de riesgo mayor al aceptado inicialmente por la sociedad. Dicho de otro modo, las normas de responsabilidad aseguran que los administradores no tengan comportamientos estratégicos alineando su interés con el interés social.

Los administradores entonces incurrirán en un costo de precaución  $x$  por su nivel de actividad  $N$  con un riesgo  $r$  ( $Nr$ ), con una probabilidad de  $1-p(x)$  de ser encontrados responsables por una desviación en el nivel de riesgo adoptado debiendo pagar una cantidad de daños en expectativa. ( $D$ ) Los costos esperados por el administrador son entonces:  $x + \{1-p(x)\} D$ .

Los daños en expectativa deben incluir también el costo de oportunidad de los socios, perdieron en tanto el administrador adoptó un nivel de riesgo diferente y el costo de confianza que genera el incumplimiento del administrador<sup>50</sup>. El pago de estos daños en expectativa de generar un nivel de precaución en donde el costo marginal de la precaución sea igual a los ingresos marginales esperados por parte de los accionistas. De hecho,  $D$  (daños) puede sustituirse por  $p(x) \{Re - Rne\}$ . Donde se multiplica la probabilidad de obtener  $Re$  es el retorno esperado menos  $Rne$  que es un retorno no esperado del proyecto de inversión bajo la supervisión del administrador

Entonces los costos del administrador son:  $x + \{1-p(x)\} \{Re-Rne\}$

En el gráfico 5 muestra que el aumento de daños esperados indica a tomar mayores niveles de precaución. El nivel de precaución más elevado está dado por el pago de daños en expectativa. De esta manera si el pago de daños es menor al pago en expectativa existirá algún tipo de externalidad de los beneficios de la precaución. En otros términos, alinea el nivel de riesgo que está dispuesto a tomar un socio con el nivel de riesgo que debe adoptar el administrador, en tanto el nivel de riesgo del socio es el beneficio marginal esperado, el nivel de precaución adoptado donde se compensan los daños en expectativa resulta eficiente



Una cuestión adicional que se plantea ante la inexistencia de reglas de responsabilidad podría resultar en que los subsiguientes administradores vean disminuida ex ante la remuneración que pueden percibir, en tanto los socios no tienen capacidad para distinguir al buen administrador del mal administrador. Generando un problema de selección adversa.

Esto explica la extensión de responsabilidad al patrimonio personal del administrador contenida en el artículo 274 de la LSC, haciéndolo solidariamente responsable por los daños y perjuicios causados. Esta extensión de responsabilidad busca que el interés del director y el riesgo que está dispuesto a tomar esté alineado con el riesgo que está dispuesto a correr la sociedad en los proyectos de inversión que acepta. La alineación de intereses será visible al momento en que la asamblea apruebe la gestión del directorio (vgr art. 234 LSC) como así también la garantía que deben prestar según el art. 256 de la LSC.

<sup>50</sup> El presente es una adaptación del planteo de incumplimiento contractual al ámbito societario desarrollado por Cooter y Ullen en: COOTER, Robert – ULLEN, Thomas "Derecho y Economía", FCE, 1998, México, p. 323.

Puede decirse que las reglas de responsabilidad buscan generar soluciones cooperativas de Nash en juegos no cooperativos. Tal ha sido el sentido que la jurisprudencia le ha dado a los deberes del administrador sosteniendo que: *“Es deber del administrador ser leal y diligente, en tanto actúa administrando un patrimonio e intereses ajenos; motivo por el cual debe evidenciar una actitud de cooperación sobre la base de las expectativas que se tutelan en función del objeto social. La responsabilidad del director de una sociedad anónima nace de la circunstancia de integrar el órgano de administración; de manera tal, que su conducta debe meritarse en función de su actividad (u omisión) y aunque no actúe directamente en hechos que origina responsabilidades, es función de cualquier integrante del órgano de administración controlar la gestión empresarial (conf. C. Nac. Com., esta sala, 26/3/1991, in re “Only Plastic S.A. s/quiebra - incidente de calificación de conducta”; íd., 7/12/1994, in re “Eugenio Izak S.A. s/quiebra - incidente de calificación de conducta”). La diligencia debida es un marco que fija un modelo o tipo de conducta; presupone un nivel de exigencia traducido en concreta idoneidad, capacidad, conocimiento suficiente y eficiente de la actividad social”*<sup>51</sup>

En similar sentido y haciendo especial referencia a identificación de los incentivos de los administradores con aquellos par los cuales fue constituida la sociedad se ha entendido que *“La actuación de los administradores debe corresponderse con la causa fin de la sociedad y con el interés social, es decir, con la aplicación de los aportes realizados por los socios, para la producción o el intercambio de bienes o servicios, con participación en las ganancias y sostenimiento de las pérdidas”*<sup>52</sup>

Es decir que estas normas cualquier norma de responsabilidad busca evitar la existencia de externalidades para los socios. En el caso de sociedades cerradas esto también se verifica en sociedades cerradas en relación a los socios mayoritarios que logran controlar el directorio.

El sistema propio de responsabilidad de los administradores está capturado en la noción de *“buen hombre de negocios”*. Este concepto puede incluirse en la noción de lo que la literatura denomina *“estándar”*. Estos pueden entenderse como criterios legales o sociales que los adjudicadores de normas utilizan en situaciones concretas<sup>53</sup>

La adopción de un estándar para juzgar el comportamiento de los administradores es preferible al de una regla, en tanto los costos de promulgación de esta última serían sustancialmente elevados, toda vez que deberían ponderar todas las situaciones posibles en función del riesgo que el clima de negocios acepta como natural en un momento dado.

No es extraño entonces que el estándar que la LSC., fija a los directores en su art. 59 como un deber de conducta que les impone actuar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios sea la concreción en el ámbito societario del principio de diligencia y buena fe contenidos en el CCiv., 512 y 1198<sup>54</sup>.

Si los contratos son mecanismos que sirven para optimizar la distribución de riesgos un riesgo aceptado por una parte y mal valuado la torna responsable por los daños ocasionados. La valoración que se haya efectuado de dicho riesgo será función del nivel de información de la parte posea en el momento de decidir. De allí que cuanto mayor sea el nivel de conocimiento mayor será el deber de obrar con cuidado y previsión<sup>55</sup>.

Un ejemplo de esta situación son los requisitos que debe cumplir un director para eximirse de responsabilidad contenidos en el último párrafo del art. 274 LSC. Allí aparece claro que la constancia de oposición a la decisión adoptada, implica una forma de no aceptar el riesgo que implica la decisión. Por su parte la obligación de informar al órgano correspondiente es consistente con la finalidad de las normas de responsabilidad evitar externalidades a los socios que corren el riesgo de la inversión.

51 C. Nac. Com. Sala D Estancias Procreo Vacunos S.A. v. Lenzi, Carlos y otros, JA 1996-II-682.

52 SÁNCHEZ CANAVÓ, Sebastián; “El estándar de conducta de los administradores societarios: el buen hombre de negocios desde la perspectiva ética”, JA, Vol. III, No. 886, (2006).

53 PARISI, Francesco – VINCI, Fon, op. cit. p. 10.

54 C.Nac. Com. Sala E, 10/08/2009 “López, Mabel v. Hapes, Farid y otro” Citar Lexis 70056153.

55 Aun cuando es un tema propio del análisis de la responsabilidad civil, no debe pasarse por alto el hecho de que la ley misma contempla la posibilidad de que, en supuestos de contingencias imprevistas, que estarían dentro del supuesto de incertidumbre y no de riesgo, es posible eximir de responsabilidad.

Finalmente resta mencionar que, así como para la protección de terceros la ley dispone de dos tipos de mecanismos, uno *ex ante* (consistente en la existencia de tipos societarios pre establecidos y obligaciones registrales), y uno *ex post* (que consiste en remover el privilegio de la limitación de la responsabilidad); en el caso de los administradores también se verifica este sistema dual. Los mecanismos de responsabilidad de los directores funcionan como mecanismos *ex post* internalizadores de externalidades negativas causadas a los accionistas; mientras que existe un sistema de normas que buscan solucionar asimetrías de información. Nuestro sistema contiene entonces una serie de institutos que se encuentran dispersos en la ley de sociedades y que como se indicó, tienen por objetivo mitigar los problemas de información entre socios y administradores. Entre ellos vale la pena mencionar: a) el derecho general de información de los socios, b) el sistema de elección de directores por voto acumulativo c) la existencia de órganos de fiscalización, d) la obligación que tienen los administradores de poner a disposición de los socios la información que se tratará en la asamblea<sup>56</sup>.

## V - LA ECONOMÍA DE LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD SOCIETARIA.

En un mercado de capitales perfecto tanto el valor de mercado de la firma, como su política de inversiones y sus decisiones de financiamiento; serían independientes al nivel de limitación de responsabilidad que haya adoptado los socios.

En una sociedad de responsabilidad ilimitada los socios son garantes del riesgo asumido por los acreedores de la empresa. En cambio, en una sociedad de responsabilidad limitada los acreedores que aceptan contratar con la sociedad aceptan el riesgo de dicho contrato. Como en el mercado existen información incompleta e imperfecta la ley se estructura de manera tal de que quien contrata con la sociedad conozca de manera más o menos fehaciente el riesgo que enfrenta.

Los socios de una sociedad pueden intentar utilizar la ficción de la limitación de la responsabilidad para impedir que los acreedores agredan sus patrimonios con fines diferentes para los que la limitación de la responsabilidad fue concebida.

En materia de comportamiento los individuos no suelen ser racionales absolutos, maximizadores de sus preferencias individuales tal como lo plantea la teoría económica clásica. Antes bien tiene sesgos en su comportamiento. La evidencia experimental sobre el comportamiento humano muestra que normalmente las personas alternan entre dos conjuntos de preferencias. El primer grupo de preferencias está vinculado al comportamiento egoísta típico del agente racional calculador; mientras que el segundo arroja una tendencia a la cooperación de los individuos<sup>57</sup>

¿Cuáles son las condiciones que hacen que un individuo adopte un grupo u otro de preferencias? Entre otras causas puede mencionarse:

- a) Los mandatos dados por autoridades: la gente tiende a comportarse más de una manera que de otra cuando se lo piden. O sea, si se le pide a la gente que coopere hay más chances que este sea el comportamiento dominante.
- b) Percepciones de la identidad de grupo: los agentes suelen tomar la función de preferencia social del grupo al que pertenecen como propia. Entonces si la preferencia total del grupo es cooperar el individuo estará sesgado a cooperar.

<sup>56</sup> Esta enunciación es meramente ejemplificativa. El análisis económico de cada uno de estos institutos excede el marco del presente trabajo y puede ser objeto de futuras investigaciones.

<sup>57</sup> BLAIR, Margaret – STOUT, Lynn; "Trust, Trustworthiness and the Behavioral foundations of Corporate Law", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, No. 6, (2001), p. 1735-1810.

- c) Las expectativas respecto del comportamiento de los otros: esto se refiere a si existe una percepción por parte del individuo decisor de que los demás también mostrarán un comportamiento similar<sup>58</sup>.

Las normas que levantan el supuesto de responsabilidad limitada por utilización indebida en las relaciones con terceros contratantes estructuran una doble función típica de las normas jurídicas:

- a. Por un lado, tienen la función de sesgar el comportamiento hacia el cumplimiento del objetivo de la responsabilidad limitada. Es decir “solicitan al individuo comportarse de una manera determinada”
- b. Por otro lado, mediante la amenaza buscan inducir que la función social de preferencias dominante sea la cooperativa.

La inexistencia de sanciones respecto del abuso del privilegio de la limitación de la responsabilidad traería aparejado nuevamente un problema de selección adversa entre las sociedades y quienes contratan con ellas.

Si quien contrata con una sociedad enfrenta el escenario en donde al momento de cobrar un crédito la sociedad es insolvente y dicha insolvencia fue deliberada, en una segunda etapa el individuo será mucho más cuidadoso respecto sobre con quien contratar. Si el caso fuera considerado de manera aislada podría afirmarse que, el contratante adoptaría un nivel de precaución óptima. Sin embargo, en el caso de un mercado con muchos contratantes y muchas sociedades en donde no se puede distinguir quien obrará de manera diligente y quien busca defraudar al tercero, éste impondrá a todas las sociedades una “tasa de interés mayor” respecto de la que originariamente estaba dispuesto a otorgar.

Institutos como la inoponibilidad de la persona jurídica buscan disuadir este tipo de comportamiento haciendo que los socios de una sociedad con responsabilidad limitada no adopten un riesgo mayor del óptimo. El riesgo óptimo estará determinado por la información disponible por quien contrata a la luz del estándar contenido en el 902 del C. Civ.

Similar argumento corresponde para las normas que extienden la quiebra a los socios y quienes facilitaron el estado de insolvencia. En el caso de una sociedad con responsabilidad limitada que opera en condiciones normales los socios suelen cobrar primero y los acreedores son postergados en sus cobros (justamente en eso consiste dar crédito). En el caso de una sociedad al borde de la quiebra y asumiendo que no existiera extensión de quiebra, los socios tienen incentivos para intentar asumir más riesgo del usual, pues ante el fracaso total el costo de la quiebra será asumido por los acreedores en el proceso de liquidación, probablemente con consecuencias ruinosas para ellos.

En cambio, sí existe una regla que genera un valor de amenaza de extender la quiebra a quienes generan el estado de insolvencia deliberada, la decisión de tomar un riesgo más allá del usual resultará más costoso para los socios.

Entonces desde el punto de vista de los incentivos la inoponibilidad de la persona jurídica debe considerarse como un instrumento dentro de un conjunto de posibilidades que la ley brinda a los jueces para alinear los incentivos de quienes utilizan el beneficio de la responsabilidad limitada. Ello no implica que pueda utilizarse con liviandad pues alteraría el esquema el balance de los incentivos antes descrito.

58 BLAIR -STOUT *ibidem*.

En esta línea los tribunales locales han sostenido que *“La desestimación de la personalidad societaria debe ser utilizada cuidadosamente, pues su aplicación irrestricta llevaría a consagrar la excepción como regla: circunstancia que no fue la que inspiró el nacimiento de tal remedio jurídico”*<sup>59</sup>.

UNA BREVE NOTA SOBRE SOBRE EL LIMITE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.

**1. El deber de buena fe en la administración societaria y el principio de la discrecionalidad empresarial y la regla del juicio de negocios**

Con meridiana claridad el maestro Rovira ha conceptualizado la regla de “juicio de negocio” como “trata de una presunción” que implica que, al tomar una decisión de negocios, los directores han actuado informados, de buena fe y en el entendimiento que su decisión se corresponde con el mejor interés de la sociedad”. Sin embargo, esa presunción admite prueba en contrario, cuya carga corresponde a quienes impugnen la decisión. Al respecto, los tribunales han requerido que se acredite culpa grave (“gross negligence”) aunque, en general, finalmente el análisis ronda en torno al grado de diligencia empleado por los directores cuya responsabilidad se pretende declarar; sin embargo si la prueba allegada por el impugnante es suficiente como para rebatir tal presunción, entonces los tribunales han sostenido que la carga de la prueba inmediatamente se desplaza hacia los directores a quienes les corresponderá justificar que su decisión fue justa (“fair”) para la sociedad, en atención a las circunstancias. En esa instancia, los directores deben demostrar su buena fe y la razonabilidad de la decisión en función del interés de la sociedad<sup>60</sup>.

En ocasión del análisis del art. 161 de la LGS Argentina se ha analizado El denominado “protección de la discrecionalidad empresarial”, estimado que en el derecho anglosajón únicamente requirió la acreditación de la “corrección de los mecanismos y procedimientos seguidos en la forma que lo haría una persona razonablemente prudente, en la adopción de la correspondiente decisión empresarial. No obstante, cabe señalar que otras sentencias posteriores han corregido esta tendencia mediante el requisito añadido de que la decisión se halle suficientemente razonada. Incluso algunos regímenes normativos del Common Law han incorporado posteriormente esta regla de la razonabilidad, como contrapunto a este criterio. Ello nos devuelve a la asunción de riesgos con la función de gestión encomendada al administrador. La imposición de una actuación acorde a todo ordenado empresario, al contrario del principio de prudencia —que por otra parte ha resultado equiparado en el régimen de la contabilidad al resto de los principios contables—, exige que el administrador maximice la utilidad esperada en atención a criterios de mercado. Esta razonabilidad ha de justificar la asunción de riesgos contra los beneficios que puede reportar la inversión a la sociedad<sup>61</sup>.

En ese análisis se ha referido a que la Jurisprudencia anglosajona ha tenido oportunidad de caracterizar el debido deber de cuidado estimando requisitos para su procedencia i) Obtener un mínimo de conocimiento del negocio; ii) mantenerse informado acerca de las actividades desarrolladas por la sociedad; iii) monitorear e inmiscuirse en las actividades y cuestiones vinculadas con la sociedad; iv) atender a las reuniones de directorio en forma regular; v) revisar la situación financiera de la sociedad regularmente; vi) requerir información sobre cuestiones dudosas, y por último vii) objetar actos presuntamente ilegales.

59 C.Nac.Com. Sala B, 13/06/1991 “Noel Carlos M y Otro c/Noel S.A.” Citar lexis 2/4592

60 ROVIRA, Alfredo; “Responsabilidad de los directores por la gestión empresarial”, *La Ley*, Vol. 2005-E, No. 1127.

61 SCHNEIDER, Lorena R.; “Obstrucción sistemática de los administradores sociales en la toma de resoluciones dispuesta por el art. 161 del Código Civil y Comercial. Necesidad de extender el deber de lealtad a los socios”, *RCCyC*, (2015), p. 212.

Así, el “buen hombre de negocios”, actuará diligentemente cuando tome decisiones en base a informaciones precisas y de acuerdo a un análisis previo pormenorizado del tema; conscientemente del análisis efectuado; demostración de buena fe, falta de interés personal y una base racional de juicio<sup>62</sup>

Entiendo que como todo estándar tiene un costo bajo de elaboración, pero un alto costo de interpretación. Este tipo de reglas han sido conceptualizadas como criterios legales o sociales que los adjudicadores de normas utilizan en situaciones concretas<sup>63</sup>

La aplicación de los estándares en el marco la función de reparación integral del daño que ha receptado el nuevo Código Civil impone, al menos desde la perspectiva de negocios un riesgo importante para la gestión de los directores, puesto que a riesgo de ser responsables pueden desviarse del nivel óptimo de riesgo tomando decisiones de menor rentabilidad para los socios.

Desde luego ello no implica desconocer los problemas principal- agente que pueden darse incluso en sociedades cerradas. La adopción de un estándar para juzgar el comportamiento de los administradores es preferible al de una regla, en tanto los costos de promulgación de esta última serían sustancialmente elevados, toda vez que deberían ponderar todas las situaciones posibles en función del riesgo que el clima de negocios acepta como natural en un momento dado.

Creo que hay que considerar que cualquier socio que realiza un negocio asume dos riesgos, uno diversificable y uno no diversificable. El primero consiste en la colocación de inversiones en diferentes grados de riesgo para mitigar la volatilidad de los mercados. El segundo corresponde al riesgo que se asume al delegar en un tercero la gestión empresarial. Es claro que esa delegación implica un riesgo sobre las decisiones de negocios que tome la administración y para mitigarlo el orden normativo ha dispuesto una serie de mecanismos de responsabilidad para generar un nivel eficiente de cuidado.

Ahora bien, si las sanciones se utilizan de manera arbitraria para satisfacer intereses personales de grupos de accionistas es probable superan los beneficios por la delegación que se requiere en el órgano de administración del curso normal de los negocios. El resultado será una pérdida total del valor de la compañía en detrimento de todos los accionistas. En otras palabras, el accionista, sobre todo aquel en posición minoritaria, debe aceptar el curso normal de los negocios y las decisiones de la administración, sin que ello implique necesariamente un apartamiento de la maximización del valor inmediato de su acción.

El caso contrario implicará una judicialización constante impugnando las decisiones del órgano de gobierno que busquen aprobar la gestión, solicitando remociones y probables intervenciones judiciales de larga duración. Ello desnaturaliza toda la vida social. Reitero, eso no implica que el administrador se exima de rendir cuentas y de cumplir con los estándares de buena fe y buen hombre de negocios mostrando la probidad necesaria en las decisiones que ha adoptado. Si significa que no debe permitirse el abuso del minoritario y mucho menos en lo que refiere a la oportunidad mérito y conveniencia de decisiones estrictamente de negocios que hacen al objeto social.

Uno de los argumentos que los tribunales americanos han utilizado para justificar la “regla de decisión de negocios” es generar una salvaguarda para acciones abusivas por parte de accionistas individuales.

62 “Francis v. United Jersey Bank”, 87 N.J. 15, 432 A.2d 814 (1981).

63 PARISI, Francesco – VINCI, Fon, “The Economics of Law Making”, Oxford University Press, 2012 Oxford, p.10.

El fundamento de tal decisión se ha basado en que necesariamente los jueces son hombres de leyes y no hombres de negocios, por tanto cualquier decisión que puedan tomar sobre el curso de los negocios sociales será una decisión menos que perfecta en términos de las posibilidades de mercado<sup>64</sup>

No puedo pasar por alto que lo expuesto en el párrafo anterior puede parecer inocente, en cuanto a que las soluciones de mercado impidan abusos o desvíos en la conducta de los administradores. Pero existen soluciones intermedias, como por ejemplo la constitución esquemas de arbitrajes societarios donde los tribunales estén constituidos al menos por una persona versada en derecho societario y también al menos por una persona versada en la ciencia del management<sup>65</sup>.

Al fin y al cabo, la utilización de la regla de la buena fe probidad con la que debe medirse el estándar de un buen hombre de negocios no es otra que la aplicación de la correcta aplicación del estado del arte de las ciencias económicas a la hora de tomar una decisión de negocios. Dentro de ese esquema pareciera encuadrarse las decisiones no discutibles de los miembros del órgano de administración y que forman parte del riesgo que todo accionista debe asumir a la hora de realizar un negocio. La valoración de la responsabilidad se hace tomando como parámetro el nivel de información que debía tener el administrador sobre la decisión que causó perjuicio.

Los mecanismos de responsabilidad de los directores funcionan como mecanismos *ex post* internalizadores de externalidades negativas causadas al accionista. A la vez es necesario que los procedimientos para implementar este tipo de responsabilidad *ex post* sean rápidos y de corta duración tendientes a reencauzar la vida social generando el menos tipo de intervención por agentes exógenos a la vida soberana de un ente privado como es una sociedad comercial.

64 HAFT, Robert J.; "Business Decisions by the New Board: Behavioral Science and Corporate Law", *Michigan Law Review*, Vol. 80, No. 1 (1981), p. 1-67.

65 WEINBERGER, Lael Daniel; "The Business Judgment Rule and Sphere Sovereignty" (January 31, 2011). *Thomas M. Cooley Law Review*, Vol. 27, No. 2, 2010.

**BIBLIOGRAFÍA**

ALCHIAN, Amir – DEMZET, Harold; “Production, information cost and economic organization”, *American Economic Review*, Vol. 62, (1972), p. 777- 95.

BLAIR, Margaret – STOUT, Lynn; “Trust, Trustworthiness and the Behavioral foundations of Corporate Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, No. 6, (2001), p. 1735-1810.

BRATTON, W; “The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History”, *Stanford Law Review*, Vol. 41, (1989), p. 1471-1527.

COASE, Ronald; “The Nature of the Firm”, *Económica*, Vol. 4, (1937), p. 386-405. Existe traducción al castellano en: Roemer, Andrés (comp) “Derecho y Economía una revisión de la Literatura”, FCE, México 2000, pp 558.

DEMZET, Harold; “The Theory of the Firm Revisted”, *Journal of Law Economics and Organization*, Vol. 4. NO.1, (1988), p.141-162.

DIETRICH, Michael; “Transaction Cost Economics and Beyond. Towards a new economics of the firm”, Routledge, 1994, Londres, p. 21-26.

EASTBROOK, Frank; “Two Agency cost explanations of dividends”, *The American Economic Review*, Vol. 74, No. 4 (1984), p. 650-659.

EHRlich, Isaac – POSNER, Richard; “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies*, Vol.3, (1974), p. 257-286.

FAMA, Eugene; “Agency Problems and the Theory of the firms”, *Journal of Political Economy*, Vol. 88, No. 2, (1980), p. 288- 307.

FAMA, Eugene – JENSEN, Michael; “Separation of Ownership and control”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 26, No. 2, (1983), p. 301-325.

FOSS, N – LANDO H- STEEN T;; “The Theory of the Firm”, *Encyclopedia of law and economics* <http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/5610-the-theory-of-the-firm.pdf>

Halpern, Paul – Trebilcock, Michael – Turbull, Stuart; “An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law”, *the University of Toronto Law Journal* 1980 Vol. 30 pp 117-150

HART, Oliver; “Corporate Governance Some theory and implications”, *The Economic Journal*, Vol. 105, No. 430, (1995), p. 678- 689.

KAPLOW, Luis; "Rules vs Standards: An Economic Analysis", *Duke Law Journal*, Vol. 42, No. 3 (1992), p. 557-629. Kraus, Jordy - Walt, Setven; "Corporate law and the maximization of social welfare" Cambridge University Press, UK 2007pp 87-108.

LAFFONT, Jean Jaques - MARTIMORT, David; "The Theory of Incentives", Princeton University Press, 2002, New Jersey, p. 28 y ss.

LA PORTA, Rafael - LÓPEZ DE SILLANES, Florencio - SHLEIFER, Andrei - VISHNY, Robert; "Agency Problems and Dividend Policies around the World", *the Journal of Finance*, Vol 55, No. 1, (2000), p. 1-33.

MÄNTYSAARI, Petri; "Organizing the firm; Theories of Commercial Law Corporate Governance", Springer, 2011, Berlín.

PAGANO, Ugo; "Marrying in the Cathedral a framework for the analysis of corporate governance" en ELGAR, Edward; "The Law and Economics of Corporate Governance", Alessio Pace Ed., 2010, Reino Unido, p. 264-287.

PARISI, Francesco - VINCI, Fon; "The Economics of Law Making", Oxford Univ. Press, 2009, Reino Unido, p. 11-29.

Roemer, Andrés (comp) "Derecho y Economía una revisión de la Literatura", FCE, México 2000, pp 558.

SIMON, Herbert; "A behavioural model of rational choice", *Quarterly Journal of economics*, Vol. 69, (1955), p. 99-118.

ROE, Mark; "Corporate Law's Limits", *the Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. 2 (2002), p. 233-271.

SÁNCHEZ CANAVÓ, Sebastián; "El estándar de conducta de los administradores societarios: el buen hombre de negocios desde la perspectiva ética", JA, Vol. III, No. 886, (2006).

STIGLITZ, Joseph, "A Re-Examination of the Modigliani-Miller Theorem", *the American Economic Review*, Vol. 59, No. 5 (1969), p. 784-793.

ZUNINO, Jorge; "Régimen de Sociedades Comerciales", Ed. Astrea, 2008, Buenos Aires, p. 24 - 25.

WILLIAMSON, Oliver; "The Economic Institutions of Capitalism", the Free Press, 1985, San Francisco.

## CAPÍTULO II

## GOBIERNO CORPORATIVO. SISTEMAS SOCIETARIOS Y CULTURA LEGAL

## (Sobre la posibilidad de la convergencia de las normas de responsabilidad de los administradores)

Por Pablo A. Iannello

## I - INTRODUCCIÓN

Estas líneas tienen como principal objetivo presentar algunas reflexiones sobre el fenómeno de convergencia en algunos estándares en materia de derecho societario. En concreto me concentraré a lo que la literatura anglosajona ha llamado “corporate governance”, y que luego fue extendido a otras latitudes incluyendo los países latinoamericanos, bajo el nombre de *gobierno corporativo*.

Si bien se describen algunos aspectos relevantes de los deberes de los órganos de administración, el presente análisis dista de ser exhaustivo excediendo los alcances y la pretensión de este trabajo. Antes bien, se busca analizar -a la luz del concepto de cultura legal- la tendencia a la “unificación de los sistemas de gobierno corporativos”. Dicha inclinación ha sido asimismo explorada por la literatura especializada.

En este sentido, se intenta poner de manifiesto la existencia de determinados patrones de convergencia, en diferentes países que han desarrollado normas de gobierno societario. A la vez, es también objeto del presente análisis, mostrar la importancia de la noción de cultura legal y de la tradición jurídica para explicar los límites parciales, que las normas de gobierno corporativo han tenido en América Latina.

1. *Sobre las condiciones básicas de los patrones de convergencia.*

La literatura de Derecho comparado expone numerosos artículos que han desarrollado la posibilidad de convergencia sobre sistemas legales. En particular, desde el artículo seminal de La Porta – López de Sillanes (LLSV), varios han sido los aportes a la literatura de la comparación de sistemas de derecho societario y su impacto en la *performance* de la compañía.<sup>1</sup>

En particular, me centraré sobre la convergencia de los sistemas de derecho societario, concretamente acerca del fenómeno del gobierno corporativo, ello partiendo del concepto de transplante legal y de un enfoque funcional.

Los trasplantes legales pueden entenderse de muchas maneras. Una de las más usuales es partiendo de la definición de Alan Watson quien lo conceptualizó como “*el paso de una norma o de un sistema jurídico de un país a otro o de un pueblo a otro*”.<sup>2</sup>

El interés por el estudio de las transferencias de instituciones ha adquirido gran importancia a partir del fenómeno de la globalización, por cuanto a partir de ella se comenzó a gestar un proceso de homogeneización entre las distintas familias jurídicas, generándose así una tendencia a la imitación recíproca de reglas.<sup>3</sup>

1 LA PORTA, Rafael - LOPEZ DE SILANES, Florencio - SHLEIFER, Andrei - VISHNY, Robert W.; “Law and Finance”, *Journal of Political Economy*, Vol. 106, No. 6 (1998), p. 1113-1155. También puede verse en la línea de análisis similares LEVINE, R.; “The legal environment, banks, and long-run economic growth”, *Journal of money, credit and banking*, (1998), p. 596-613 y DEMIRGÜÇ KUNT, A. - MAKSIMOVIC, V.; “Law, finance, and firm growth”, *The Journal of Finance*, Vol. 53, No. 6, (1998), p. 2107-2137.

2 WATSON, Alan; “Legal transplants: An approach to comparative law”, *University of Georgia Press, Georgia*, 1974, p. 21. “The moving of a rule or a system of law from one country to another or from one people to another”. (El movimiento de una norma un instituto jurídico de un Sistema a otro)

3 Para ampliar este enfoque véase: GERBER, David J.; “Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative law”, *Tulane Law Review*, Vol. 75, (2001), p. 949-975.

De esta forma, una de las tareas más relevantes para la ciencia del derecho comparado, en la actualidad, radica en intentar establecer las relaciones existentes entre las fuerzas que producen los cambios en la estructura de los sistemas jurídicos y los motivos que dan origen a los mismos.<sup>4</sup>

Se ha afirmado que el estudio de los procesos de transferencia institucional constituye uno de los puntos de investigación con más campo de desarrollo en la ciencia ius comparativista moderna<sup>5</sup>; dado que “la mayoría de los cambios en los sistemas jurídicos modernos se debe a algún tipo de trasplante legal”<sup>6</sup>.

Dentro de este fenómeno, uno de sus aspectos más complejos radica en la forma en que la norma o institución traspasada es recibida en el sistema normativo que la adopta.<sup>7</sup>

El enfoque funcional en el derecho societario ha sido entendido como la búsqueda de “equivalentes funcionales” sobre el derecho societario. Esos equivalentes funcionales han sido entendidos por la teoría, como aquellas instituciones legales que permiten resolver situaciones similares, aun proviniendo de fuentes del derecho diferentes o de normas de diferente jerarquía, en distintos sistemas jurídicos.<sup>8</sup>

La problemática de los equivalentes funcionales es de particular relevancia en el derecho societario, pues una comparación inadecuada de los mismos conlleva arribar a conclusiones erróneas acerca de la eficacia del sistema societario en un país determinado. De hecho, como se mencionará en los párrafos subsiguientes, algunos autores consideran que la existencia de errores en los patrones de convergencia se ha debido a una incorrecta selección de los determinantes legales de dicha convergencia.

En concreto en lo que refiere al sistema de gobierno societario, la doctrina ha intentado establecer diferentes enfoques sobre patrones de convergencia. Existen quienes intentan exhibir la existencia de dicho fenómeno; como también aquellos que buscan evidenciar que ese camino hacia una convergencia no es tal. Pareciera que tal cual suele ocurrir, la evolución la realidad suele situarse en algún lugar intermedio entre ambas posturas.

Más allá del grado de unificación del que pueda hablarse, lo que no puede negarse es que claramente cualquier discusión doctrinaria acerca de los patrones de convergencia y la relación entre derecho y estructuras societarias, debe sin lugar a dudas hacer mención al aporte contenido en el artículo llamado “Law and Finance”. En dicha publicación, los autores intentaron demostrar empíricamente que los orígenes legales pueden tener una correlación directa, para explicar la existencia de capital disperso y por ende un mejor desarrollo del mercado de capitales. En términos más propios de la economía; un riesgo más alto de riesgo moral y selección adversa conlleva una menor dispersión del sistema accionario.

Numerosas críticas se han vertido sobre este enfoque. Muchas de ellas tienen una dirección común: las variables tomadas como patrones para medir la *performance* de los sistemas jurídicos.<sup>9</sup>

4 WATSON, Alan; “Legal change: Sources of law and legal Culture”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 131, No. 5 (1983), p. 1121-1157.

5 SMITS, Jan; “Import and Export of legal models: The Dutch Experience”, *op. cit.* Nota 4 p. 513.

6 MATTEI, Ugo; “Efficiency in legal transplants. An essay in Comparative Law and Economics.”, *International Review of Law and Economics*, Elsevier, Vol. 14, No. 1, (1994), p. 3-19.

7 MATTEI, Ugo, *ibidem*.

8 VAN HOECKE, Mark (ed.); “Epistemology and methodology of comparative law”, Bloomsbury Publishing, 2004, Oxford.

9 AGUILERA, Ruth V. - DESENDER, Kurt A.; “Challenges in the measuring of comparative corporate governance: A review of the main indices.”, *Research methodology in strategy and management*, Vol. 7, 2012; WRIGHT, M. - SIEGEL, D. S. - KEASEY, K. - FILATOTCHEV, I. (Eds.); “The Oxford handbook of corporate governance”, Oxford University Press, Vol. 28, (2003); COOLS, Sofie; “Real Difference in Corporate Law between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers”, *The. Del. J. Corp. L.*, Vol. 30, (2005) p. 697.

## 2. Los aspectos fundamentales del derecho comparado en materia de derecho societario.

El derecho societario, en la mayoría de las jurisdicciones, es generalmente entendido como un cuerpo de leyes que permite la creación de un ente cuyas características pueden resumirse en cinco notas estructurales: 1) Personalidad jurídica; 2) responsabilidad limitada; 3) management centralizado usualmente bajo alguna estructura orgánica; 4) adquisición de la condición de socio como tenedor de participaciones sociales por la realización de aportes; 5) determinación del gobierno corporativo conforme el capital de los inversores es administrado por terceros y los incentivos existentes<sup>10</sup>.

## 3. El proceso de convergencia en el sistema de derecho societario

En el punto anterior introducíamos los aspectos esenciales de la *ius-comparación* en materia de derecho societario. Por ejemplo, si queremos comparar los aspectos relevantes de los deberes del directorio en el sistema argentino con los del sistema inglés, y para ello tomáramos la Ley General de Sociedades de la Argentina y la *Business Company Act* del sistema inglés, el análisis estaría incompleto. Ello será así aún cuando excluyamos del análisis a las sociedades abiertas cotizantes en el mercado de capitales. En cambio, una adecuada comparación requerirá necesariamente un análisis del sistema del *Trust* inglés y su evolución estatutaria y jurisprudencial.

A continuación, me detendré en algunos aspectos relevantes que pueden afectar el grado de convergencia de las instituciones legales. Las situaciones que se exponen a continuación, impactan todas ellas de algún modo en el derecho societario; y ello ha llevado a su elección.

La cultura legal, la necesidad de demanda de instituciones, y la existencia de las mismas para que sean transplantadas son condiciones necesarias para la existencia de patrones de convergencia

## 4. Algunos determinantes que facilitan los patrones de convergencia

### a) Cultura legal

La cultura legal ha sido entendida como: “*Aquellos comportamientos que refieren a la naturaleza derecho, y a la estructura y funcionamiento del sistema legal los cuales se encuentran arraigados históricamente en una sociedad*”.<sup>11</sup> También ha sido conceptualizada como: “*El marco de intangibles según el cual una comunidad realiza sus interpretaciones, dotándola de fuerza normativa y que en el largo plazo determina la identidad de esa comunidad*”.<sup>12</sup> La importancia de este concepto viene dada por la aptitud que posee para “moldear” aquello que es considerado como jurídicamente relevante en un momento determinado. Tiene injerencia sobre el comportamiento de los agentes jurídicos, a la vez que determina las necesidades que debe satisfacer el sistema jurídico para su reproducción como tal.

La cultura legal es parte de un complejo más grande, con el cual interactúa en forma constante, en tanto el derecho no es un fenómeno independiente separado de los restantes fenómenos sociales. El derecho, junto con el lenguaje, el conocimiento y la calidad del desarrollo humano, constituyen la cultura humana.<sup>13</sup>

10 KRAAKMAN, Reinier, *The anatomy of corporate law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2004, Oxford, p. 39.

11 MERRYMAN, J. H - CLARK, D. S.; “*Comparative Law: Western European and Latin American Legal systems*”, en OGUS, Anthony; “*The Economic Basis of legal culture: Network and monopolization*”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, NO. 3, (2002), p. 421 y ss.

12 GAROUPA, Nuno M. - OGUS, Anthony I.; “*A Strategic Interpretation of Legal Transplants*” (2003), CEPR Discussion Paper No. 4123. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=480744> visitado por última vez 15/10/2016.

13 SACCO, Rodolfo, “*Diversity and uniformity in law*”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, No. 2, p. 172.

Respecto de la relevancia que adquiere este concepto en el proceso de trasposos, cabe considerar que el efecto de las cuestiones políticas, culturales y sociales extrínsecas a los aspectos legales y a los procesos de optimización económica es mayor en la determinación de los procesos de migraciones de ideas legales, que en el trasposo de patrones tecnológicos, económicos y científicos.<sup>14</sup>

En concreto, este es un fenómeno fundamental en el sistema de gobierno societario, tal como se desarrollará en apartados posteriores. La cultura de negocios de un país o región determina la estructura legal necesaria para llevar adelante esos negocios y la vez genera un proceso de retroalimentación con quienes conforman el sistema de operadores que toman las decisiones de mercado, para generar la necesidad de cierta estructura legal que sostenga un determinado modelo de negocios.

*b) Los operadores jurídicos. La tecnología de red y el nivel de adaptación normativo.*

Existen jugadores clave en el proceso de cambio legal. Sus intereses y preferencias pueden determinar la suerte respecto de la recepción de un instituto. Los abogados –en cualquiera de los cargos que pueden desempeñar– son el máximo exponente en esta categoría y algunos de ellos poseen la capacidad suficiente para determinar lo que se considera “legal”.<sup>15</sup>

Ciertos autores han realizado un análisis económico del fenómeno, perfilando la cultura legal como una tecnología de red.<sup>16</sup> Es decir, como un conjunto determinado de mecanismos lingüísticos, conceptos y procedimientos, que se transforman en las principales formas de comunicación de los conceptos y decisiones legales en un territorio determinado; las cuales son manejadas por los operadores jurídicos de ese territorio en particular. Dicho mecanismo de red permite constituir un monopolio que conforme la doctrina, tendería por lo menos en cierto aspecto, a ser eficiente en lo que respecta a minimizar el costo de resolución de conflictos.<sup>17</sup>

El manejo de las formalidades y el lenguaje funcionan como barreras de entrada a otros operadores, de forma tal que sólo un grupo reducido se asegura el rol de “adaptadores de normas”.

Dentro de los agentes jurídicos relevantes, y a su vez dentro de los abogados, son los jueces quienes desarrollan un rol crucial en la recepción de una nueva norma o institución, en tanto sobre ellos recae la posibilidad última de determinar lo que es jurídicamente viable en un momento determinado.

Es en este punto, donde pueden concentrarse las ya mencionadas críticas a la literatura empírica derivada del “Law and Finance”. Entre otros puntos, algunos autores han cuestionado la ausencia de poder capturar de manera completa las decisiones que emanan de los tribunales, en particular aquellos provenientes de la tradición y el fuero civil. Estas decisiones han tenido importante influencia en delimitar los derechos de los accionistas y el control que ellos pueden ejercer sobre los administradores de compañías.<sup>18</sup>

Puede decirse que el nivel de permeabilidad de la cultura legal, y la posibilidad de que quienes detentan el monopolio de la misma, adapten sus preferencias a un instituto extraño a esa cultura, resultarán aspectos cruciales en la velocidad de recepción y aplicación del instituto transplantado.

Finalmente, debemos por lo menos mencionar el hecho de que la aceptación de medios del trasplante, no implica la aceptación de fines, lo que puede dar lugar al proceso denominado como *aculturación antagónica*.<sup>19</sup>

14 SCHAUER, Frederick; “The politics and incentives of legal transplantation”, Center for International Development, Harvard University, Working Paper No. 44, (2000). Disponible en <http://www.cid.harvard.edu/cidwp/044.htm> visitado por última vez 15/10/2016.

15 GAROUPA, Nuno M. - OGUS, Anthony I; “An Strategic Interpretation of Legal Transplants”, op. cit. nota 34.

16 El rasgo típico de la tecnología de red es que su utilidad social aumenta a medida que más usuarios hacen uso de ella.

17 OGUS, Anthony; “The economic basis of legal culture: network and monopolization”, op. cit. nota 33.

18 RAINIER, H. - KRAAKMANN, Armour John; op. cit. p 29.

19 DEVERAUX, George - LOEB, M. Edwin, “Antagonistic Aculturation”, American Sociological Review, Vol. 8, NO. 2, (1943), p. 133 - 147.

Esto resulta relevante a la hora de poder interpretar la conducta de quienes resultan creadores de normas jurídicas en un sistema, para evidenciar si efectivamente se pretende un trasplante institucional o bien, sabiendo de antemano el rechazo que tendrá el mismo, es perseguido al solo efecto de reforzar el sistema vigente.

Si bien no han existido casos de fuerte aculturación antagónica en el derecho comercial, y tampoco en el esquema de gobierno corporativo, si es posible mencionar que ciertas normas han devenido ineficaces por la existencia de trasplantes que han buscado generar legitimidad, en particular se ha visto que que las condiciones culturales que resultan de los patrones de comercio en general resultan un determinante decisivo para la eficacia del sistema trasplantado.

En concreto, en el sistema de gobierno corporativo la realidad muestra que el desarrollo de estructuras societarias, en función de patrones sociales, responden a cuestiones de orden económico que han condicionado la manera en que las compañías han logrado tener acceso al financiamiento.

*c) Similitud de sistema jurídico.*

La semejanza que posean los sistemas jurídicos –donante y receptor respectivamente- influye directamente sobre la posibilidad de copiar instituciones legales. Ello, sin perjuicio de la relevancia que suele otorgarse a la forma en que la ley es inicialmente trasplantada, resultando un determinante mayormente importante que la familia jurídica a la que pertenecen el país donante y el país receptor.<sup>20</sup> Sin embargo, desde la perspectiva de los costos de información, una primera intuición nos lleva a afirmar que los mismos serán menores, si resulta que el instituto migrado lo es en el marco de países de la misma familia jurídica. Una institución trasplantada que no reúne los caracteres de un sistema jurídico en un momento determinado, puede ser vista como un intruso y, en el caso de no ser aceptada por aquellos agentes antes mencionados, su nivel de receptividad se vería fuertemente erosionada.<sup>21</sup>

El filósofo norteamericano John Dewey, analizando la lógica de las decisiones judiciales, ha sostenido que, si bien a primera vista parecería obvio, resulta dirimente en la determinación de los costos de transacción de un proceso de trasplante. El citado autor menciona que: “(...) resulta práctico y económico utilizar un concepto que ya se encuentra a mano que tomarse el tiempo y el esfuerzo en modificar uno o diseñar uno nuevo.”<sup>22</sup>.

El concepto de similitud en la familia jurídica, afecta el proceso de recepción de manera que, si el instituto trasplantado pertenece a la familia jurídica del país receptor, disminuyen los problemas de información asimétrica entre la nueva norma y los agentes jurídicos encargados de adaptarla al nuevo marco institucional, consecuentemente se reduce el tiempo de adaptación de aquello que se transfiere

Finalmente resta destacar que si bien un sistema jurídico X, en su conjunto, puede evidenciar sesgos que lo hacen guardar similitud con un sistema Y, ello no impide que existan subsistemas  $x_1, x_2 (\dots) x_n$ , que puedan a su vez relacionarse con subsistemas diferentes de  $y_1, y_2 (\dots) y_n$ , léase  $z_1, z_2 (\dots) z_n$ ; por lo que el trasplante de  $y_1$  no necesariamente implica un nivel de aceptación elevado en  $x_1$ , puesto que este último podría tener afinidad con  $z_1$  y no con  $y_1$ .

No puede dejar de mencionarse que la familia jurídica no es un determinante objetivo de la eficacia del proceso de convergencia. Varios países de América Latina y de Europa del Este, aun cuando pertenecen a familias jurídicas de tradición francesa y/o alemana, muestran un desarrollo claramente inferior que sus pares de Europa Occidental.

<sup>20</sup> Este punto ha sido desarrollado por BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean-Francois. *Economic development, legality, and the transplant effect*. *European Economic Review*, 2003, vol. 47, no 1, p. 165-195.

<sup>21</sup> WARNERYD, Karl; “Transaction Cost, Institutions, and Evolution”, *Elsevier Journal of Economic Behaviour and Organization*, Vol. 25, (1994), p. 220 y ss.

<sup>22</sup> DEWEY, John; “Logical Method and the Law”, *The Philosophical Review*, Vol 33, No. 6, (1924), p. 564.

Ello se debe a que la familia jurídica ha mutado en subsistemas abiertos que permiten la interacción con cuestiones de *performance* local (Por ejemplo, el nivel de desarrollo económico) y que pueden afectar el nivel de recepción de normas que se utilizan en mercados más institucionalizados.

d) *Existencia de un mercado de instituciones jurídicas.*

Quienes plantean la eficiencia del proceso de convergencia de instituciones jurídicas sostienen que la homogeneización de los sistemas legales puede ser explicada como algún tipo de movimiento hacia la eficiencia de un sistema jurídico global.<sup>23</sup> De esta forma, con excepción de aquellas leyes con alto contenido moral y religioso, los diferentes sistemas jurídicos tienden a confluir en tanto posean desarrollos sociales y económicos similares.<sup>24</sup> Necesariamente este proceso de unificación generará trasplantes de instituciones, ya sea en la concepción tradicional aquí planteada, o a través de un proceso de unificación equivalente.<sup>25</sup>

La selección de los donantes de esos institutos, que constituyen la oferta de instituciones jurídicas, obedece a diversas razones. Algunas de ellas fueron expuestas al referenciar la clasificación de Miller, y que principalmente pueden estar constituidas -entre otros factores- por el prestigio o el éxito que esa norma o conjunto de normas hayan tenido en determinado país o sistema jurídico. Ello es todo cuanto habremos de expresar sobre el rol del donante en este trabajo puesto que nos focalizamos en el otro extremo del proceso (vgr. la recepción).

Es así, que los procesos de préstamos institucionales se dan en el marco de un proceso de mercado de instituciones en el cual ciertos países resultan -por diversos motivos- demandantes de instituciones y otros -que poseen normalmente estructuras institucionales fuertes- resultan oferentes.

Desde otro punto de vista se ha dicho que, con independencia del nivel de desarrollo de un Estado, son los operadores jurídicos de un sistema en un momento determinado quienes estiman conveniente imitar determinados principios legales.<sup>26</sup> Esta visión se opone claramente a aquellas que consideran la evolución del derecho como un “proceso de espejo”, es decir, esencialmente limitado a la demanda de otro factor subyacente diferente del legal.<sup>27</sup>

e) *Costos de información.*

Es sabido que el marco institucional surge a los efectos de aumentar la cantidad de transacciones, por eso las instituciones sociales siempre tienden a dar certeza y estabilidad para lograr explotar al máximo las ganancias de intercambio.<sup>28</sup>

El nivel de conocimiento por parte de quienes resultarán afectados por el instituto transferido, tendrá gran injerencia en lo relativo a estimar la posibilidad de recepción y el tiempo que demandará la misma, o por el contrario el rechazo definitivo del trasplante intentado.

Se han identificado cuatro grandes puntos que incrementan los problemas de información existentes a la hora de efectuar un trasplante legal.<sup>29</sup> Básicamente estos consisten en: 1) El esquema de incentivos que poseen los jueces a aplicar el nuevo instituto. Si estos son altos, el tiempo necesario para que una norma se adapte será menor, puesto que también será menor el lapso necesario para generar una “*jurisprudencia pacífica*”.

<sup>23</sup> MATTEY, Ugo; “Efficiency in legal transplants. *An essay in Comparative Law and Economics*”, *op. cit.*

<sup>24</sup> OGUS, Anthony; “Competition Between National Legal Systems: A contribution of Economic Analysis to comparative Law”, *I.C.L.Q.*, Vol. 48, No. 2, (1999), p. 408.

<sup>25</sup> La distinción es planteada por Garupa y Ogus, de acuerdo a la capacidad de negociación de los países involucrados en el proceso. Véase GARUPA – OGUS; “An Strategic Interpretation of Legal Transplants”, *CEPR Discussion Paper No. 4123 op. cit.*, nota 34.

<sup>26</sup> WATSON, Alan; “The evolution of Law”, *The John Hopkins University Press*, 1985, Baltimore, p. 18.

<sup>27</sup> Para un desarrollo del concepto de teorías espejo véase: EWALD, William; “Comparative jurisprudence (II) The logic of legal transplants”, *op. cit.* Nota 15, p. 499.

<sup>28</sup> WARNERYD, Karl; “Transaction Cost, Institutions and Evolution”, *op cit*, pág 19.

<sup>29</sup> Aquí seguimos la propuesta efectuada por HADFIELD, Guillian; “Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law”, *USC CLEO Research Paper No. C07-8*, (2007). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=988800> visitado por última vez 15/10/2016.

Los incentivos que los jueces poseen en un sistema jurídico suelen encontrarse bien definidos y vienen dados por el impacto, en términos burocráticos, que tendrá la aplicación del nuevo instituto en su sentencia. 2) El nivel de conocimiento que los operadores jurídicos locales puedan poseer en forma individual sobre el origen del instituto transplantado. De gran influencia es entonces el nivel de formación que se posee del instituto transplantado<sup>30</sup>. 3) La medida de subsanación de errores que los jueces efectúen respecto de aquellas interpretaciones “defectuosas”, que pudieran cometer los litigantes. El enfoque aquí reposa en la idea de un “*super magistrado*”, que pueda superar los problemas de información acerca del nuevo instituto que presentasen los litigantes. 4) El costo de producir argumentos legales a efectos de que se aplique la nueva normativa. Es decir, la elaboración de razonamientos tanto por parte de los litigantes para sostener la aplicación de los nuevos institutos, como por parte del juez al fundamentar su decisión. Desarrollaremos con mayor profundidad este último concepto, al plantear los problemas de los determinantes del proceso de recepción.

En el proceso de reducción de costos de información es claro que los abogados y jueces se encuentran en mejor posición para adaptar una nueva norma de lo que se encuentra el legislador. Normalmente el legislador es quien realiza la importación normativa, siendo que éste presenta algunas deficiencias en lo relativo al conocimiento respecto de las preferencias de aquellos a quien la norma habrá de afectar, incluyendo las suyas propias.<sup>31</sup> Es así, que la labor integradora de la jurisprudencia ayuda a reducir los costos de transacción del nuevo instituto transplantado.

Sobre el particular, la visión pragmática sostenida por Dewey, nuevamente nos arroja un punto interesante: “*La utilización de conceptos ya formados anteriores también arroja como resultado una sensación de estabilidad, de garantía contra cambios abruptos de las reglas, que podría afectar la legalidad de los actos*”<sup>32</sup>.

## II - ALGUNAS BREVES NOTAS SOBRE LOS ESQUEMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO RELEVANTES A NIVEL MUNDIAL.

Como nota preliminar hay que tener en cuenta que, al analizar el sistema societario y de gobierno corporativo en los países de la Unión Europea, estos están primeramente legislados bajo el esquema del derecho comunitario. Por ejemplo, en el sistema francés algunas directivas europeas han dado lugar a normativa específica que afecta de manera directa o indirecta los principios de gobierno corporativo. Así *loi sur les nouvelles régulations économiques del 2001* o, la *loi de sécurité financière*, son algunos ejemplos en donde a partir de directivas comunitarias han influenciado a los sistemas nacionales.

Sumado a eso, no puede pasarse por alto que el informe Cadbury llevado adelante por la Comisión Europea y que incluyó el análisis de 35 países, ha mostrado un patrón de convergencia en las prácticas de gobierno corporativo en la Unión Europea.<sup>33</sup>

### 1. Principales aspectos del sistema societario y de gobierno corporativo en Alemania

En Alemania, la *Aktiengesetz*, substancialmente el mayor contenido relacionado al sistema societario para las compañías por acciones de dicho país, es de aplicación obligatoria, a menos que la misma norma prevea una excepción. Su aplicación permite la creación de un sujeto de derecho con responsabilidad limitada y acciones transmisibles.

<sup>30</sup> No resulta casual que el mayor proceso de americanización del sistema jurídico argentino haya tenido lugar durante una década de apertura económica y estabilidad en la cual gran cantidad de profesionales del derecho argentino realizaron sus estudios de postgrado en el exterior.

<sup>31</sup> Una cuestión relevante aquí es qué ocurre si quien importa la norma posee preferencias inversas respecto de quienes la norma será aplicable.

<sup>32</sup> DEWEY, John; “*Logical Method and the Law*”, *op. cit.* p. 566

<sup>33</sup> JORDAN - CALLY - CADBURY; “*Twenty Years On*”, *Legal Studies Research Paper No. 612, Villanova Law Review, Georgetown Public Law: Center for Transnational Legal Studies, Paper No. 12-136, University of Melbourne*

La citada normativa incluye además las referencias correspondientes al Código de Comercio (Handelsgesetzbuch o HGB) en lo que respecta a las sociedades. Del mismo surgen las obligaciones respecto a la información contable y preparación de los estados financieros, siguiendo la tradición continental de permitir a los accionistas el derecho a la información sobre dichos estados, los cuales deberán ser aprobados éstos. Se establecen, asimismo, los mecanismos de registro y tenencia accionaria y el comportamiento de los tenedores en custodia de dichos títulos. El cuerpo normativo referido contempla también, la especial participación de representantes de los trabajadores en el directorio de supervisión.<sup>34</sup>

En este sentido, el sistema societario alemán trasciende la regulación de otros sistemas continentales, incluso el sistema americano.

Como en la mayoría de los sistemas civiles al resolver cuestiones concretas, los tribunales alemanes tienen en cuenta no sólo la *Aktiengesetz*, sino también las previsiones contenidas en el Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch o BGB).

En materia de gobierno corporativo, las normas sobre las compañías públicas y mercados abiertos en Alemania, son menos extensas que la regulación en el Reino Unido o Estados Unidos. Ello se debe especialmente a que la Ley de Sociedades contiene ya, numerosas referencias sobre directores independientes y normas de gobierno corporativo.

Con respecto a la normativa concreta sobre responsabilidad de los directores en el sistema alemán, corresponde hacer una distinción preliminar sobre las compañías cotizantes y las no cotizantes, ya que la ley de sociedades impone un sistema de código de gobierno corporativo para las sociedades por acciones

Sin lugar a dudas, la característica más saliente del sistema de administración alemana es el llamado “directorío doble comando” que prevé directores con facultades de supervisión y directores con facultades de administración. El resultado de esta doble función conlleva necesariamente también una diferenciación en los deberes que se le imponen a cada uno de ellos.

En relación al deber de lealtad, tanto los directores del *Vorstand*, como aquellos miembros del *Aufsichtsrat*, imponen el deber de comportarse como administradores prudentes. Las cortes alemanas han permitido a los managers cierto espectro de libertad tal como surge del caso ARAG. Allí se le reconocieron determinadas facultades discrecionales al directorío supervisor, para determinar o no la existencia de daños por violación al deber de “administrador prudente”.<sup>35</sup> Sin embargo, en alguna decisión más reciente se ha establecido un límite a ese poder, instaurando pautas bajo las cuales se le permita al comité supervisor determinar que la sociedad asuma el costo de una multa impuesta a sus directores, pero sólo hasta un determinado monto.<sup>36</sup>

En el sistema alemán, los deberes del directorío tanto de cuidado como de lealtad apuntan directamente hacia el interés de la compañía, con independencia que éste haya sido nominado por empleados, o por accionistas.

El concepto de interés social en Alemania, busca precisamente balancear a los distintos actores que tienen un rol en la empresa, sean accionistas, empleados o acreedores. Dicho concepto de interés social fue modelado principalmente de forma jurisprudencial.

## 2. Principales aspectos del sistema societario y de la administración societaria en el Reino Unido

A diferencia del sistema alemán, el sistema inglés propone un esquema de un directorío singular en el que no hay división en los roles de supervisión y administración.

<sup>34</sup> Artículos 20, 110 y 128 de la AktG.

<sup>35</sup> The German Federal Court's (BGH) business judgement rule - BGH, April 21st, 1997 - II ZR 175/95 “ARAG/Garmenbeck”

<sup>36</sup> 8 July 2014 (file no. II ZR 174/13), the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof, BGH)

La *Business Company Act* de 2006 establece que los directores son responsables por la administración de los negocios de la compañía. Si bien el sistema estatutario proporciona una descripción detallada de los deberes de fiduciario, la misma contiene una gran flexibilidad sobre su determinación y alcance, pudiendo la misma ser determinada en el estatuto de común acuerdo por los socios. De hecho, aun cuando es posible una amplia delegación de facultades en el directorio, la falla del órgano de administración permite a los accionistas recuperar el poder delegado que siempre han conservado en forma residual.

En el precedente “*Alexander Ward & Co Ltd, v. Samyang Navigation Co*” la Cámara de los Lores desestimó la improcedencia de la liquidación de la compañía por no existir directorio, entendiendo la existencia del poder residual de los accionistas.<sup>37</sup>

Tampoco existe previsión en la ley estatutaria sobre la duración y el mecanismo de elección de los directores.

Ahora bien, la situación es diferente cuando estamos hablando de compañías cotizantes en bolsa a las que se les aplica un código de reglas combinado, el cual requiere que el directorio posea un balance entre directores ejecutivos y no ejecutivos.

Los deberes de los directores resultan de una combinación de normas estatutarias y una serie de regulaciones que resultan de las cortes del Reino Unido.

La existencia de deberes de fiducia del órgano de administración hacia los accionistas y/o a la sociedad constituye un patrón de convergencia en los sistemas societarios del mundo. Los socios eligen al órgano de administración para que representen sus intereses o los de la sociedad que ellos han formado, siendo los dos principales deberes de un administrador el deber de cuidado y el deber de lealtad.

El sistema inglés ha codificado recientemente los deberes de los administradores de sociedades, los cuales fueron asimismo desarrollados durante años por el sistema del *Common Law*. En la actualidad, se encuentran en la sección 10 de la *Company Law Act* de 2006.<sup>38</sup>

Las normas estatutarias del derecho inglés establecen que el director tiene como obligación “promover el éxito de la compañía”, lo cual pareciera ser un indicio de maximización de las ganancias de los accionistas. Sin embargo, la regla está fuertemente limitada en tanto ordena tener en cuenta los efectos que la compañía pueda generar sobre los *stakeholders*. La norma es complementada, con la imposibilidad de tener interés contrario, actuar de manera prudente y con buena fe, entre otros estándares de gobierno corporativo.

Como nota destacada del derecho inglés, puede mencionarse la existencia de “directores sombra” o *shadow directors*. Estos constituyen asesores de los directores, que proveen instrucciones sobre cómo actuar al director. Las normas de gobierno corporativo inglés sobre conducta de los directores se aplican analógicamente, también a esta clase de directores.

### 3. Una breve nota sobre el sistema de administración en Francia.

El sistema francés ha recibido la impronta de la convergencia dispuesta por el sistema europeo como así también el efecto “derrame” en la vinculación con el sistema americano. Sin embargo, ello no obsta a que la estructura de las firmas francesas se mantenga de manera similar. Ello queda evidenciado en la poca actividad que se registra en el mercado de adquisiciones hostiles en Francia.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> *The common law reserves the management power to the members in general meeting where there is no board or where an effective board is unavailable* 1975 SC (HL) 26

<sup>38</sup> CAHN, A. - DONALD, D. C.; “*Comparative company law: text and cases on the laws governing corporations in Germany, the UK and the USA*. Cambridge University Press, 2010”. Oxford, p.341.

<sup>39</sup> MACLEAN, M. - HARVEY, C. - PRESS, J.; “*Business elites and corporate governance in France and the UK*” en: “*Business Elites and Corporate Governance in France and the UK*”, Palgrave Macmillan, (2006), Reino Unido, p. 1-22.

El sistema de gobierno corporativo francés, aunque alineado en la estructura de una economía desarrollada, conserva la preocupación particular de alinear los intereses de los socios con el Estado, que participa en numerosas compañías.<sup>40</sup>

#### 4. Los deberes de los administradores en el sistema de Estados Unidos.

Una revisión de los sistemas de gobierno corporativo a nivel mundial no puede finalizar sin hacer referencia al sistema americano y la manera en que se ha planteado en dicho modelo, la conducta del órgano de administración. A diferencia de los sistemas europeos, no existe derecho supranacional que impacte en el sistema de los Estados Unidos. En el sistema americano el derecho societario es estadual. Es decir, cada Estado de la Unión tiene la potestad de legislar sobre sus propias normas de sociedades, y en consecuencia la regulación que existe entre los accionistas y el órgano de administración.

Sin embargo, algunas normas que afectan la conducta de los administradores revisten carácter federal, como por ejemplo la Ley de Quiebras.<sup>41</sup>

Sin perjuicio de ello, al remitirse al derecho corporativo de los Estados Unidos, inmediatamente éste es asociado con acciones cotizando en la Bolsa y con la legislación del Estado de Delaware. Esto último se debe a dos factores preponderantes, el primero de ellos es el enfoque minimalista que posee la legislación de Delaware. Durante años, el esquema de dicho estado se basó en las decisiones sobre precedentes. En este sentido el *leading case* al que se suele referir es "*Guth v. Loft*".<sup>42</sup> En dicho caso se estableció una regla general para determinar el deber de lealtad de los directores, o como lo ha entendido la jurisprudencia americana en sentido contrafáctico. No actuar de mala fe, implica abstenerse de realizar cualquier acto que desvíe al director de maximizar la riqueza del accionista.

El Acta Modelo de Delaware ha codificado en gran medida los deberes de los administradores y constituye una fuente estatutaria sobre la conducta que los administradores deben guardar. La norma, al igual que su contraparte inglesa, hace expresa referencia a la maximización de los intereses de la sociedad.

La falta de una noción abstracta de ente social, ha llevado en muchos casos a igualar el mejor interés de la sociedad con el interés de los socios. La desviación del cuidado del interés de los socios en un mercado atomizado ha dado lugar al denominado activismo del accionista.

### III - CULTURA Y GOBIERNO CORPORATIVO

Si bien ya se ha mencionado en este artículo la importancia de la cultura legal en los sistemas de gobierno corporativo, esta variable posee un peso trascendente que justifica un tratamiento más profundo. Ello, en tanto el tema abarca fenómenos que trascienden el aspecto estrictamente jurídico, aunque se exceda el objeto de este trabajo.

La estructura de los órganos de administración de los órganos de gobierno corporativo no es independiente de la estructura cultural en la que la firma se desarrolla. Como ya se mencionó oportunamente, muchas críticas que se le han formulado al enfoque LLSV tienen que ver con la no consideración del aspecto cultural sobre el manejo de las firmas. Si lo que se busca es introducir la variante cultural en el fenómeno legal de las normas que gobiernan el sistema societario El paper seminal que considera la relación entre derecho y cultura es el planteado por Licht.<sup>43</sup>

40 SALACUSE, Jeswald W.; "Corporate governance, culture and convergence: Corporations American style or with a European touch", *Law & Bus. Rev. Am.*, Vol. 9, (2003), p. 33.

41 Contendida en el entre otros en los conocidos Chapter 7, Chapter 11 y Chapter 13 del U.S. Code.

42 5 A2d 503-510 (Del Ch 1939)

43 LICHT, Amir N. - GOLDSCHMIDT, Chanan - SCHWARTZ, Shalom H.; "Culture, law, and finance: cultural dimensions of corporate governance laws" Disponible en SSRN 267190, visitado por última vez 15/10/2016.

El enfoque cultural en las relaciones, principal agente en materia de gobierno corporativo, tiende a mostrar que los inversores institucionales han requerido que las normas internas de gobierno corporativo de las compañías tengan en cuenta los perfiles culturales.

El punto indicado por la literatura precedente es perfectamente adaptable a las normas jurídicas bajo las que rige el derecho societario. Aún en contextos de países con familias legales similares, como el que existiría entre Europa y América Latina, muchos sistemas y normas resultan ajenas a gran parte del mundo corporativo.

Tómese, por ejemplo, la noción de riesgo sistémico y la idea de riesgo legal como variable de esto. La Convención de Ginebra sobre Títulos Intermediados, propugnada por UNIDROIT, tiene a resolver muchos de estos problemas. Sin embargo, su grado de eficacia es mínima en países de América Latina debido a la existencia de mercados de capitales poco desarrollados.

La afirmación del párrafo precedente es consistente con la investigación de Licht, dónde las medidas de protección a accionistas minoritarios son mayores en países en donde la financiación vía mercado de capitales es mayor, pero que a la vez un trasplante de este tipo de derechos a sistemas emergentes de tradición continental podría generar inestabilidad en el ambiente de negocios. Los mismos autores han mostrado que hay una correlación positiva entre el desarrollo de la protección de derechos de acreedores y la disminución en el clima de negocios. Ello se evidencia en la recepción de sistemas de reorganización y quiebras que capturan mejor el interés de los acreedores.

Creo que una contribución no explorada y que aquí sólo me permito efectuar de manera intuitiva es que, la ausencia de inversores institucionales se debe en gran parte a tres variables culturales: a) La falta de eficiencia en las acciones para la protección de los accionistas; b) La falta de correlación entre el nivel de riesgo asumido y la posibilidad de cobro en caso de quiebra y; c) La falta de formalidades en la práctica de negocios.

#### 1. *Las acciones de protección de inversión en los accionistas minoritarios.*

Si bien las legislaciones continentales contienen normas sobre protección de los accionistas minoritarios, el problema radica en la eficiencia de la tutela judicial sobre las mismas. Por ejemplo, varias legislaciones de América Latina contemplan la posibilidad de convocar a asamblea de accionistas teniendo una participación menor en el capital accionario.<sup>44</sup>

En términos generales, algunas conclusiones han mostrado que si se comparan las legislaciones de Chile, Argentina, Brasil, Colombia y México; Chile arroja un mejor nivel de protección de los accionistas minoritarios. La mayor parte de la buena valoración se explica por las reformas introducidas a través de la Ley de Opas y Gobiernos Corporativos. Entre los aspectos más importantes se destacó el alcanzar igualdad de derechos de los tenedores de ADRs, la regulación del proceso de Ofertas Públicas, la creación de los Comités de Auditoría y el mejoramiento de calidad en la entrega de información al mercado y los accionistas. Pero ello, claro está, es el resultado en un incremento en las transacciones de mercado de capitales. No es el resultado per se de una mejora del desarrollo en la ley por sí misma<sup>45</sup>.

Dicho de otro modo, la cultura de inversión guarda relación directa con el nivel de protección del inversor. La mayor demanda de los jugadores en el sistema institucional de elementos culturales, genera una mayor eficacia de la protección en el nivel de normas jurídicas.

El gobierno corporativo establece los mecanismos de división de riqueza y toma de decisiones en la compañía. Las normas que regulan este sistema están dispersas en diferentes leyes.

<sup>44</sup> Véase en Argentina el artículo 276 a 279 de la Ley General de Sociedades, en México el art. 144 y 171 de la Ley de Sociedades Mercantiles

<sup>45</sup> WIGODSKI, Teodoro - ZUÑIGA, Franco; "El gobierno Corporativo en Chile después de la Ley de OPAS, disponible en <http://www.dii.uchile.cl/~ceges/publicaciones/ceges38.pdf> visitado por última vez 15/10/2016.

Los derechos de voto son un aspecto crítico en los sistemas de gobierno corporativo, pues muestran el nivel en que los accionistas están dispuestos a ejercer su poder en el manejo de la administración de la compañía.

Es claro que el sistema cultural ejerce un rol preponderante en la discusión sobre gobierno corporativo y que ese sistema cultural, que afecta el sistema de funcionamiento empresarial, modela al mismo tiempo las normas jurídicas que rigen las diferentes ramas del derecho que abarcan

Las dimensiones culturales pueden observarse de lo establecido por Swartz<sup>46</sup>:

*“Autonomía – arraigo/dependencia: estudia los niveles de status –quo en una sociedad determinada. Aquellas sociedades con alto grado de autonomía facilitan normas que grado 1 y grado 2 en la terminología de Williamson.*

*Jerarquía – igualitarismo: La jerarquía se refiere a mecanismos piramidales en la toma de decisiones que culturalmente justifican estructuras de decisión desiguales. Mientras que el igualitarismo toma el compromiso como variable para medir el avance en las firmas.*

*Destreza – Harmonía. El primero de ellos se refiere a la posibilidad de la confianza en las capacidades del individuo.”*

Por otro lado, también se han puntualizado para los estudios de gobierno corporativo las categorías de gobierno corporativo de Hofstede<sup>47</sup>:

*“Individualismo colectivismo: determina el alcance del grupo de empatía de los individuos. A mayor amplitud de empatía y afecto directo por los individuos mayor grado de colectivismo.*

*Poder de la distancia: Se refiere a aceptar la distancia institucional las relaciones de poder y jerarquía como legítimas o ilegítimas.*

*Disconformidad con la incertidumbre: El nivel de desagrado de la incertidumbre y la ambigüedad y por lo tanto la creencia en ciertas instituciones o no.”*

Estas variables culturales han llevado a diversas conclusiones. Por un lado, la existencia de tradiciones jurídicas más individualistas, pragmáticas y que fomentan la cultura emprendedora; han generado esquemas de capital disperso que luego es canalizado a través del propio sistema institucional generando los denominados inversores institucionales, lo cual es propio del sistema americano e inglés.

Por otro lado, la expansión del sistema financiero ha permitido que estos inversores institucionales condicionen sus niveles de inversión a una estandarización de las normas, intentando imponer normas similares a las propias para sentirse “a gusto” en sistemas legales ajenos al propio. En algunos casos esto ha generado ciertos resquemores y rechazos, sobre todo en lo que refiere a los sistemas regulatorios de mercado de capitales y/o sistemas de reorganización como por ejemplo el caso de quiebras.<sup>48</sup>

Sin embargo, no hay dudas que existe un creciente número de similitudes que hace posible establecer al menos una taxonomía de comparación en términos legales, lo cual implica que al menos el discurso sobre gobierno corporativo, sin descartar sus tensiones, se desarrolla con un cauce común.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Para una revisión de los conceptos incluyendo las referencias de Williamson ver: LICHT, Amir N. - GOLDSCHMIDT, Chanan - SCHWARTZ, Shalom H.; “Culture, law, and corporate governance”, *International review of law and economics*, Vol. 25, No 2, (2005), p. 229-255.

<sup>47</sup> Hofstede, G. - Hofstede, G. J. - Minkov, M.; “Cultures and organizations: Software of the mind”, Vol. 2, McGraw-Hill, 1991, Londres.

<sup>48</sup> MINTZ, Steven M.; “Corporate governance in an international context: Legal systems, financing patterns and cultural variables”, *Corporate governance: an international review*, Vol. 13, No. 5, (2005), p. 582-597.

<sup>49</sup> WEIMER, Jeroen - PAPE, Joost; “A taxonomy of systems of corporate governance”, *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 7, No. 2, (1999), p. 152-166.

2. *Algunas apreciaciones sobre las variables culturales en los sistemas de Gobierno corporativo en América Latina*

En los sistemas empresariales de América Latina se observa una fuerte dependencia en tanto las modificaciones estatutarias de las normas que contienen regulaciones sobre la materia son graduales y requieren un proceso más lento que en aquellos sistemas en los cuales el sistema judicial se encuentra más desarrollado en el tratamiento de estos casos.

Existe un fuerte grado de colectivismo en las compañías, ello responde a que mayormente se trata de grupos familiares tradicionales, lo cual se traduce en un manejo más bien corporativista de la empresa, tendiendo a mantenerla en funcionamiento más allá del punto óptimo de desarrollo de la misma.

Muchos países de América Latina mantienen una estructura familiar de tipo patriarcal importada de los sistemas españoles, cuyos orígenes se remontan, o bien a la colonia, o a los comportamientos migratorios de principios del siglo XX. En este sentido, el desarrollo de la empresa es un correlato del desarrollo familiar y no es poco usual que conflictos societarios sean producto de desavenencias en la familia o la acefalía del *pater familiae* del grupo.

Por otro lado, aun cuando existe un cuerpo de normas que es coherente con sistemas desarrollados, los sistemas societarios tienen fuente en normas similares a las del sistema francés, español e italiano. La complejidad en la ejecución de los mecanismos judiciales y los plazos, como así también la inseguridad sobre la propia ejecución de una sentencia favorable, demuestran que los inversores institucionales con mayor grado de resistencia a la incertidumbre han preferido mercados más seguros.

Por otro lado, las compañías existentes han preferido mecanismos de financiamiento interno que han alentado el desarrollo de mercado de capitales.

No puede pasarse por alto que hay literatura que ha mencionado que existe un importante vínculo entre los valores culturales que se promueven a través de la arquitectura organizacional de un país. Estos vínculos no pueden ser capturados a través de índices que muchas veces simplifican estas interconexiones<sup>50</sup>.

Sin embargo, creo que las explicaciones empíricas y econométricas tienen un valor relevante y sin entrar en su análisis detallado, existen sistematizaciones que muestran su utilidad y que pueden explicarse de la siguiente manera:

- a. Modelos aditivos: suelen utilizar regresiones lineales que incluyen como variables independientes la *performance* del país y la *performance* de las firmas, y que no contienen supuestos *ex ante* sobre las relaciones entre ellos.
- b. Modelos con variables intervinientes: los niveles de gobernabilidad a nivel país tienen impacto directo en el gobierno de las firmas y afecta indirectamente la *performance* de las mismas. El ejemplo la protección de los accionistas minoritarios no tiene efecto, pero afecta el nivel de concentración accionaria.
- c. Interacción con variables independientes: Existen modelos en donde ambas variables resultan independientes, pero ambas tienen impacto en la *performance* de la firma. Es decir, tanto las medidas institucionales como las medidas intra-firma tienen efecto final sobre las compañías.
- d. Interacción con moderador de variables. En este caso la *performance* institucional del país no tiene influencia, ni en las variables independientes ni en las dependientes.

<sup>50</sup> WEIMER, Jeroen - PAPE, Joost; *ibid.*

La mayoría de los modelos empíricos existentes recaen en alguna de las clasificaciones aquí mencionadas. Desde el punto de vista legal, la mayoría hacen referencia al sistema jurídico en el que se acuñan las normas sobre gobierno corporativo.

Es claro que esta medida resulta insuficiente, pues la propia naturaleza de la comparación muchas veces no sólo requiere la comparación del texto legal, sino de cómo la jurisprudencia ha entendido el alcance de la protección de los derechos bajo ese estándar.

Un caso que puede tomarse como ejemplo, es el de los deberes del fiduciario. Mientras que en el sistema anglosajón los deberes del fiduciario han sido objeto de estudio detallado por la jurisprudencia, incluso estableciendo límites en la responsabilidad a través del *business judgment rule*; en los sistemas de tradición civil, el estándar de buena fe la captura la mayoría de los aspectos desarrollados en el sistema del common Law.

La existencia de procesos de globalización y de intermediación financiera que han facilitado a los inversores institucionales el posicionamiento en mercados extranjeros, ha generalizado una homogeneización de los procesos de comercialización del capital. Ello ha seguido, por lo general, patrones del derecho de familia anglosajona.

Sin embargo, puede agregarse una subclasificación adicional, ya que aun cuando la dispersión propia del sistema americano ha influido en el sistema de derecho civil, el impacto no ha sido el mismo en aquellos países con sistemas en donde la ejecución de los derechos es más eficaz que en otros, y en donde las variables macroeconómicas e institucionales muestran cierto grado de estabilidad y solidez.

La mayoría de los países de América Latina, con algunas excepciones, pueden incluirse en este grupo. La senda institucional de crecimiento ha generado, por un lado, que los inversores propios del sistema anglosajón sean más cautos en desarrollar negocios en la región, al menos con estructuras de largo plazo. Por otro lado, la falta de desarrollo de instrumentos de ahorro y la volatilidad macroeconómica genera un importante sesgo de subconfianza, lo que desalienta la existencia de inversores institucionales.

En este sentido, las posiciones sobre el desenvolvimiento empresarial se modifican sustancialmente de acuerdo a la presencia de inversores institucionales, como agentes canalizadores del ahorro, y a la existencia de firmas propiedad de familias y/o con regímenes laborales estrictos.

Existen varias aristas que pueden analizarse en este nivel. Por un lado, la discusión sobre la convergencia del sistema del gobierno corporativo. Aquí creo que es posible hacer una distinción; la convergencia en materia de normativa sobre el comportamiento de las sociedades tiende a una homogeneización atendiendo a dos variables básicas, por un lado el nivel de fortaleza institucional y estabilidad marco económica del país y por otro lado, la existencia de proyectos de unificación de normas de carácter transaccional y las denominadas normas núcleo.<sup>51</sup>

Mientras que las primeras permiten no ponen en jaque valores de las partes y por lo tanto la maximización del valor de transacción, las segundas implican cuestionar aquellos cuerpos de normas en donde se ponen en juego valores de una sociedad.

Parece entonces razonable, que exista algún intento de convergencia en las leyes societarias a nivel global. En definitiva, los sistemas de protección de accionistas tienen a parecerse y varían de acuerdo al tipo de inversor.

Por otro lado, no se denota patrón de convergencia en los sistemas de reorganización y/o quiebras.

<sup>51</sup> La diferenciación está tomada de KAHN □ FREUND, Otto. "On uses and misuses of comparative law", *The Modern Law Review*, 1974, vol. 37, no 1, p. 1-27.

Los patrones de convergencia, tanto del derecho transaccional como el derecho núcleo, aparecen a primera vista supeditados a la estabilidad institucional del país, sobre todo en variantes relacionadas con giro de dividendos al exterior y mecanismos de desarrollo de mercado de capitales.

Entonces puede decirse que, el interés o presión (depende como se vea valorativamente la presencia de inversores extranjeros y el sistema de trasplantes legales) es un factor que influye -aunque no el único claro está- en la velocidad de homogeneización de las normas transaccionales.

Las normas núcleo, cambian a una tasa mucho menor y los procesos de armonización son mucho más lentos. El caso de ausencia de inversores institucionales es prácticamente nulo.

Un caso para mencionarse es el sistema de quiebras en América Latina. Existen países en donde el sistema de quiebras prácticamente no se utiliza. Por ejemplo, en los países de América Central. El caso de Argentina merece mención aparte; durante la década del 90 cuando inversores extranjeros ingresaron masivamente al país, se adoptaron normas que afectaban el sistema de crédito de las compañías y las posibilidades reestructuración de las mismas. Luego del default de 2001 se incentivó el esquema previo a los años 90, que buscaba un sistema de conservación de la empresa en marcha otorgando una masiva protección a los créditos laborales.

Por otro lado, proyectos de reforma pro inversores como el sistema de neteo de derivados, que implica una reforma en la ley de quiebras por afectar el sistema de prioridad en el cobro, quedaron archivados y nunca más fueron considerados.

En conclusión puede entonces decirse, que si los modelos empíricos pueden ser más o menos exitosos en capturar la relación entre crecimiento económico y protección del accionista, incluso que el sistema de normas genere mejor protección ante determinada estructura de inversión; creo que el desafío de los estudios empíricos reside en el desarrollo de modelos que se adapten a variables culturales, que permitan correlacionar el tipo de sistema legal con el sistema de administración societaria vigente. Ello, para luego establecer medidas de eficiencia ex post.

### 3. Gobierno corporativo. Derechos de los acreedores y sistemas de quiebras.

La literatura del análisis económico del derecho ha mencionado cuatro principios básicos que una legislación concursal debe buscar cumplir:

- a. Cualquier legislación debe buscar una distribución de recursos que maximice la eficiencia ex post. Esto es, no considerar la eficiencia del instituto antes de la distribución, sino aquello que pueden obtener quienes reclaman.
- b. Proveer a los administradores incentivos ex ante a cualquier evento de *distress financiero*, con el objetivo de que la administración no posea motivos para permitir eventos de reorganización o liquidación.
- c. Preservar el sistema de privilegios concursales: el sistema de privilegios debe estar estructurado de manera tal, que la prioridad de cobro que pudieran detentar fuera de un proceso concursal sea equivalente a la posición dentro de un sistema de cobro por liquidación.<sup>52</sup>
- d. El procedimiento de quiebras debe en la medida que sea posible permitir que la decisión sobre la suerte de la empresa esté en manos de los acreedores y no de agentes ajenos a los efectos del concurso (jueces, síndicos etc).

<sup>52</sup> AGHION, Philippe – HART, Oliver – MOORE, John; "Improving bankruptcy Procedure", *Wahs U.L.Q.*, Vol. 72. Issue 3 p. 849-872.

El análisis económico de cada uno de estos efectos ha sido un punto central en la literatura de las finanzas corporativas y del análisis económico del derecho y por lo tanto, se han generado distintas explicaciones posibles sobre la existencia de un sistema concursal.

Una parte de la doctrina se ha centrado en explicar la existencia de la legislación de quiebras como un problema que puede afectar las decisiones de inversión *ex post* en los mercados financieros. Otro grupo de estudios, se vincula a la relación que la legislación concursal tiene con solucionar problemas de comportamiento oportunístico respecto de los accionistas.<sup>53</sup>

Sin embargo, un punto clave de la mayoría de los estudios clásicos que analizan las legislaciones concursales, asume que los procesos de reorganización y liquidación son mecanismos sub óptimos. En un mercado de competencia perfecta, con costos de transacción iguales a cero, existiría un nivel de información tal que permitiría identificar qué empresas son económicamente viables y están sometidas a algún *shock* exógeno temporal, lo que suele generar problemas en aquellas que son económicamente inviables y lo que conviene es su liquidación.<sup>54</sup>

A lo dicho anteriormente, debe añadirse que, en un mundo ideal a los acreedores de las compañías les resultaría gratis organizarse en términos de sus prioridades de cobro, en función del riesgo que hayan decidido tomar en relación a la empresa en dificultades. Recordemos que el sistema de insolvencia es parte de un esquema de ejecución de promesas entre deudores y acreedores, con la particularidad de que el mecanismo de ejecución es colectivo, lo que trae aparejado los correspondientes problemas de acción colectiva.<sup>55</sup> En tal sentido, existe una profusa literatura que ha mostrado que los mecanismos de liquidación tienden a solucionar problemas de “common pool” dada la imposibilidad de los acreedores de coordinar el cobro organizado de sus créditos, cuando la cantidad de acreedores supera la cantidad de activos, dado que la ausencia de este tipo de instituciones genera una carrera del tipo “first come, first served”.<sup>56</sup> Por otro lado, en el mismo tipo de argumento, la ejecución individual por parte del acreedor puede no generar el máximo valor esperado del activo liquidado.<sup>57</sup>

#### 4. El sistema de reorganización como solución eficiente frente a mercados con información incompleta e imperfecta.

La mayoría de los países cuentan hoy con un proceso de reorganización previo al sistema de liquidación concursal.

##### a) La Quiebra como solución eficiente:

Aun cuando las causas de una quiebra pueden ser exógenas, la literatura ha entendido que el *timing* de la decisión concursal es principalmente endógeno al esquema de decisiones de la firma. Existen numerosas maneras de disimular las dificultades financieras en una sociedad, y en muchos casos, las ventajas son relevantes para los socios de una sociedad.

En esta sección mostraremos la relación que existe entre sistemas “duros” vs. sistemas “suaves” en los procesos de liquidación, y los incentivos que ellos producen para trasladarlos al esquema legislativo local contemplado en los artículos 170 y siguientes de la Ley de Concursos y Quiebras argentina, como así también los artículos 273 y siguientes de la Ley General de Sociedades argentina.

<sup>53</sup> LONGHOFER, Stanley – PETERS, Stephen; “Protection for Whom? Creditor Conflict and Bankruptcy”, *American Law and Economics Review*, Vol. 6, No. 2, (1994), p. 249-283.

<sup>54</sup> BAIRD, Douglas; “A World without Bankruptcy”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 50, (1987), p. 173.

<sup>55</sup> WARREN, Elizabeth; “Bankruptcy Policy”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 54, (1987), p. 775-814.

<sup>56</sup> JACKSON, Thomas; “The Logics and Limits of Bankruptcy Law”, Cambridge, MA, (1986); PICKER, Randal; “Security Interest, Misbehavior and Common Pools”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 59, p. 645-679; POSNER, Richard; “Economic Analysis of Law”, Little Brown, Boston 1986.

<sup>57</sup> Por ejemplo, la ejecución vía un embargo de una máquina esencial para el funcionamiento de producción de una empresa privaría la venta de la empresa en su totalidad a un tercero que podría repagar la deuda al 100% del ejecutante y a la vez mantener una compañía económicamente viable.

Si las soluciones que contempla la legislación en materia de insolvencia son muy “suaves” en relación a la conducta de los administradores, entonces estos poseen incentivos a ocultar un estado de financiero complejo que podrá devenir en la imposibilidad de cobro de los créditos por parte de los acreedores.

Por otra parte, si la ley de reorganización es demasiado dura con los administradores de la sociedad, estos tenderán a evitar decisiones de inversión riesgosas generando un retorno sub-óptimo a los accionistas de la compañía.

b) Costos de Transacción y externalidades de monitoreo:

Si los postulados de la teoría financiera se verificaran en el mercado, los teóricos que postulan la ausencia de la necesidad de un derecho de quiebras tendrían un punto importante a su favor.

El teorema de Modigliani-Miller es uno de los postulados de la teoría financiera moderna más relevante e indica, en breves palabras, que la estructura de capital de una empresa no afecta su valor de mercado. Esto significa, no importa la relación entre deuda y capital aportado por los socios que tenga la compañía, su valor de mercado será igual.

En este escenario, los acreedores de las empresas no verían afectada la posibilidad de cobrar sus créditos ya que esta teoría asume un escenario de información completa y perfecta, siendo los contratos totalmente ejecutables ante los tribunales. Una ley de quiebras no tendría sentido pues los acreedores no contratarían si supieran que no existen activos suficientes para satisfacer su deuda.

El sistema de gobierno corporativo, entendido como esquema de administración societaria, se ve afectado de manera directa por los procesos de reestructuración, ya sea en su forma liquidatoria o de re estructuración. Ello en tanto el nivel de riesgo que toman los administradores, no sólo debe cotejarse respecto de los accionistas, sino de aquellos terceros que pueden verse afectados por el desarrollo empresario.

Entendida la empresa como un actor dentro de la sociedad que permite que diferentes emprendedores inviertan, en dicha inversión siempre está implícita la confianza que los terceros pueden tener para dicha empresa. No es viable que una compañía se maneje de manera aislada totalmente. En consecuencia, necesitará de los acreedores que facilitarán crédito a la compañía. La forma y prioridad de pago es función, entre otras variables, del flujo de fondos descontado a valor presente, y ello es determinado en parte por la manera en que los administradores manejan la compañía.

En otros términos, hay un nivel de confianza óptima que los acreedores depositan en la compañía y que en consecuencia los administradores pueden manipular e incluso hacer jugar en contra de los propios accionistas. La ley de bancarrotas diseña mecanismos para generar incentivos, para que ese nivel de confianza no sea perforado, y que el valor de la compañía se maximice sin reducir el bienestar de terceros. En términos simples, puede leerse como un sistema para internalizar externalidad y que juega en conjunto con las reglas sobre el buen hombre de negocios y el deber de lealtad.

**BIBLIOGRAFIA**

AGHION, Philippe – HART, Oliver – MOORE, John; “Improving bankruptcy Procedure”, *Wahs U.L.Q.*, Vol. 72. Issue 3 p. 849-872.

AGUILERA, Ruth V. - DESENDER, Kurt A.; “Challenges in the measuring of comparative corporate governance: A review of the main indices.”, *Research methodology in strategy and management*, Vol. 7, 2012

BAIRD, Douglas; “A World Without Bankruptcy”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 50, (1987), p. 173.  
Cahn, A., & Donald, D. C. (2010). *Comparative company law. Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, p341.

COOLS, Sofie; “Real Difference in Corporate Law between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers”, *The. Del. J. Corp. l.*, Vol. 30, (2005) p. 697.

DEVERAUX, George – LOEB, M. Edwin, “Antagonistic Acculturation”, *American Sociological Review*, Vol. 8, No. 2, (1943), p. 133 – 147.

DEWEY, John; “Logical Method and the Law”, *The Philosophical Review*, Vol 33, No. 6, (1924), p. 564.

EWALD, William; “Comparative jurisprudence (II) The logic of legal transplants”, *op. cit.* Nota 15, p. 499.

GAROUPA, Nuno M. - OGUS, Anthony I.; “A Strategic Interpretation of Legal Transplants” (2003), CEPR Discussion Paper No. 4123. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=480744> visitado por última vez 15/10/2016.

HADFIELD, Guillian; “Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law”, USC CLEO Research Paper No. C07-8, (2007). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=988800> visitado por última vez 15/10/2016.

Gerber, David J., “Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative law”, *Tulane Law Review*, 75 (2001) 949-975.

HOFSTEDE, G. - HOFSTEDE, G. J. - MINKOV, M.; “Cultures and organizations: Software of the mind”, Vol. 2, McGraw-Hill, 1991, Londres.

JACKSON, Thomas; “The Logics and Limits of Bankruptcy Law”, Cambridge, MA, (1986); PICKER, Randal; “Security Interest, Misbehavior and Common Pools”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 59, p. 645-679;

KAHN FREUND, Otto. “On uses and misuses of comparative law”, *The Modern Law Review*, 1974, vol. 37, no 1, p. 1-27.

KRAAKMAN, Reinier, *The anatomy of corporate law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2004, Oxford, p. 39.

LA PORTA, Rafael - LOPEZ DE SILANES, Florencio – SHLEIFER, Andrei – VISHNY, Robert W.; “Law and Finance”, *Journal of Political Economy*, Vol. 106, No. 6 (1998), p. 1113-1155.

LEVINE, R.; “The legal environment, banks, and long-run economic growth”, *Journal of money, credit and banking*, (1998), p. 596-613

LICHT, Amir N.; GOLDSCHMIDT, Chanan; SCHWARTZ, Shalom H. *Culture, law, and corporate governance. International review of law and economics*, 2005, vol. 25, no 2, p. 229-255.

LONGHOFER, Stanley – PETERS, Stephen; “Protection for Whom? Creditor Conflict and Bankruptcy”, *American Law and Economics Review*, Vol. 6, No. 2, (1994), p. 249-283.

SMITS, Jan; “Import and Export of legal models: The Dutch Experience”,

MATTEI, Ugo; “Efficiency in legal transplants. *An essay in Comparative Law and Economics.*”, *International Review of Law and Economics*, Elsevier, Vol. 14, No. 1, (1994), p. 3-19.

MINTZ, Steven M.; “Corporate governance in an international context: Legal systems, financing patterns and cultural variables”, *Corporate governance: an international review*, Vol. 13, No. 5, (2005), p. 582-597.

OGUS, Anthony; “The Economic Basis of legal culture: Network and monopolization”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, NO. 3, (2002), p. 421 y ss.

PICKER, Randal; “Security Interest, Misbehavior and Common Pools”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 59, p. 645-679;

POSNER, Richard; “*Economic Analysis of Law*”, Little Brown. Boston 1986

PISTOR, Katharina – BERKOVITZ, Daniel - RICHARD, Francois; “Development, Legality and the Transplant Effect”,

SACCO, Rodolfo, “Diversity and uniformity in law”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, No. 2, p. 172.

SALACUSE, Jeswald W.; “Corporate governance, culture and convergence: Corporations American style or with a European touch”, *Law & Bus. Rev. Am.*, Vol. 9, (2003), p. 33.

SCHAUER, Frederick; "The politics and incentives of legal transplantation", Center for International Development, Harvard University, Working Paper No. 44, (2000). Disponible en <http://www.cid.harvard.edu/cid-wp/044.htm> visitado por última vez 15/10/2016.

VAN HOECKE, Mark (ed.); "Epistemology and methodology of comparative law", Bloomsbury Publishing, 2004, Oxford.

WARNERYD, Karl; "Transaction Cost, Institutions, and Evolution", Elsevier Journal of Economic Behaviour and Organization, Vol. 25, (1994), p. 220.

WATSON, Alan; "Legal transplants: An approach to comparative law", University of Georgia Press, Georgia, 1974, p. 21.

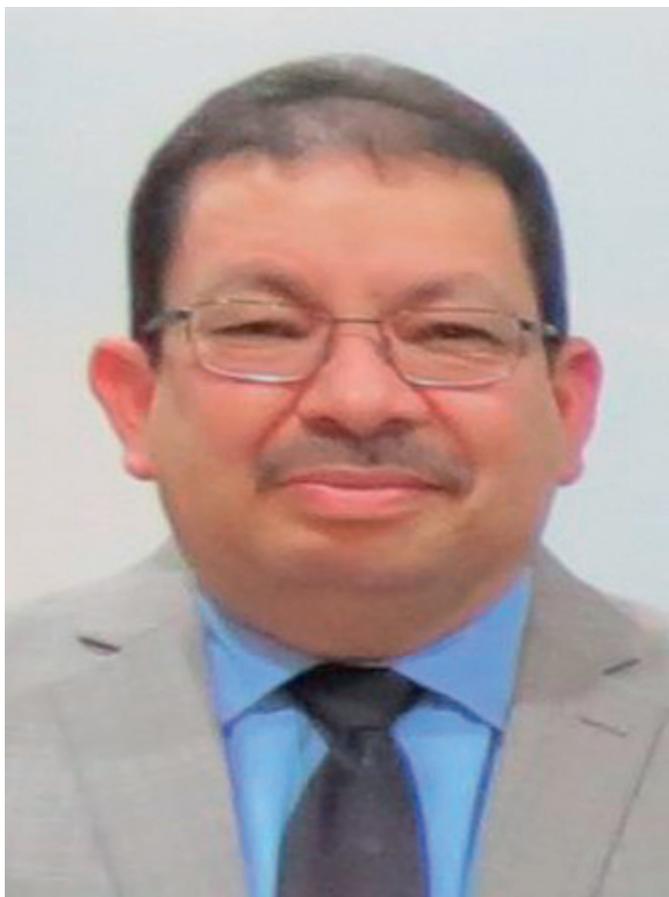
WATSON, Alan; "Legal change: Sources of law and legal Culture", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 131, No. 5 (1983), p. 1121-1157. Watson, Alan "The evolution of Law", The John Hopkins University Press, Baltimore, 1985.

WEIMER, Jeroen - PAPE, Joost; "A taxonomy of systems of corporate governance", Corporate Governance: An International Review, Vol. 7, No. 2, (1999), p. 152-166.

WARREN, Elizabeth; "Bankruptcy Policy", University of Chicago Law Review, Vol. 54, (1987), p. 775-814. Wright, M., Siegel, D. S., Keasey, K., & Filatotchev, I. (Eds.). (2013). *The Oxford handbook of corporate governance* (Vol. 28). Oxford University Press.

MACLEAN, M. - HARVEY, C. - PRESS, J.; "Business elites and corporate governance in France and the UK" en: "Business Elites and Corporate Governance in France and the UK", Palgrave Macmillan, (2006), UK.

WIGODSKI, Teodoro - ZUÑIGA, Franco; "El gobierno Corporativo en Chile después de la Ley de OPAS, disponible en <http://www.dii.uchile.cl/~ceges/publicaciones/ceges38.pdf> visitado por última vez 15/10/2016.



*Francisco Sorto es Licenciado en Economía de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA), El Salvador; cuenta con Maestría en Economía Empresarial de INCAE, Costa Rica; Maestría en Docencia Universitaria de la Universidad Tecnológica de El Salvador; Maestría en gestión de Planes y Fondos de Pensiones, de la Universidad de Alcalá de Henares, España. Ha sido consultor para el BID, El Banco Mundial, UNCTAD, PNUD, CEPAL y PRODERE, así como de empresas y organizaciones no gubernamentales locales. Ha escrito artículos, editoriales y libros en diferentes publicaciones nacionales e internacionales sobre temas relacionados con la economía, finanzas y seguridad social.*

*Es catedrático del Instituto Superior de Economía y Administración de Empresas (ISEADE), El Salvador, desde 2009 y se ha desempeñado como docente en áreas de economía y finanzas en otras universidades públicas y privadas, nacionales e internacionales, desde hace más de 20 años, a nivel de programa de maestrías, exclusivamente.*

## CAPÍTULO III

### IMPORTANCIA DE LA GESTIÓN DE RIESGOS PARA UN BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Por Francisco Sorto Rivas<sup>1</sup>

#### I - INTRODUCCIÓN

La idea a desarrollar en esta sección consiste en destacar la importancia que tiene la gestión responsable de riesgos en la dirección operativa de las empresas, en función de los intereses de los accionistas y demás stakeholders de la organización, procurando mitigar conflictos de agencia mediante esta práctica gerencial, evitando a la vez, la subestimación de obligaciones contingentes que distorsionen los criterios económicos para la asignación eficiente de los recursos corporativos.

Dada la separación existente entre la dirección y la propiedad de las empresas, en la actualidad, se vienen haciendo esfuerzos deliberados para evitar la defraudación de inversionistas y demás Stakeholders de las organizaciones que, al desconocer a detalle la situación financiera de las mismas -información asimétrica-, pueden tomar decisiones equivocadas sesgadas y, por ende, perjudiciales para sus intereses al invertir o prestar a una entidad.

En tal sentido y a raíz de una serie de escándalos e irregularidades que provocaron cuantiosas pérdidas a inversionistas, empleados y otros grupos de interés, en septiembre de 2004, el Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) publicó el Enterprise Risk Management – Integrated Framework y sus aplicaciones técnicas asociadas (COSO II), ampliando con ello el concepto de control interno, y brindando un enfoque más completo y extenso sobre la identificación, evaluación y gestión integral del riesgo.

Desde entonces, la sistematización de este ejercicio se ha vuelto imprescindible en el ámbito empresarial, especialmente a partir de la crisis financiera que afecta a la economía planetaria desde el año 2007.

Considerando el alcance financiero que pueden tener las dificultades experimentadas por las entidades financieras en cualquier economía, desde hace algún tiempo se fomentan prácticas de autogestión de riesgos en la banca y en la industria de los seguros, entre otras actividades reguladas.

Al intermediar la banca recursos entre ahorradores e inversionistas privados, la seguridad y solidez de la banca resulta clave para la estabilidad financiera de todo colectivo imaginario, ya que las deficiencias de los gobiernos de los bancos y demás entidades financieras pueden potenciar crisis incipientes dentro de la economía, a través del contagio de la industria hacia el resto de la economía real, como se ha observado en los últimos años a nivel global.

De ahí que el principal objetivo del Gobierno Corporativo consista en salvaguardar los intereses de las partes afectadas, de conformidad con el interés público y de forma sostenible.

Por otro lado, el trabajo realizado por la IOPS abarca lineamientos para la gestión de riesgos y ha emitido también una guía sobre principios de aplicación general, en función de buenas prácticas para un buen Gobierno Corporativo; al igual que lo ha hecho el Comité de Basilea y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, en sus respectivas industrias.

---

<sup>1</sup> Profesor del MBA ISEADE-FEPADE El Salvador. Graduado de Máster en Economía Empresarial, INCAE, Costa Rica 1991; Máster en Docencia Universitaria, Universidad Tecnológica de El Salvador, El Salvador, 2011; Máster en Dirección y Gestión de Planes y Fondos de Pensiones, Universidad de Alcalá de Henares, España, 2011.

Considerando la complejidad de las operaciones realizadas en el sistema financiero y la velocidad de los cambios observados en los mismos, los reguladores financieros están tratando de trasladar más responsabilidad a los operadores, vía autorregulación y control de riesgos, además de intentar adoptar esquemas más funciones de supervisión con base en la gestión de riesgos.

En función de lo anterior, se analiza cómo se ha pretendido incorporar la gestión de riesgos, como parte de las mejores prácticas de un buen Gobierno Corporativo, en la dirección de las entidades financieras salvadoreñas, así como en la supervisión en sí, destacando, en alguna medida, lo relevante sobre la industria previsional, por el interés particular del autor de este trabajo, debido al material escrito, hasta ahora, en el ámbito de gestión de sistemas y fondos de pensiones para ISEADE-FEPADE.

## II - IMPORTANCIA DE LA GESTIÓN DE RIESGOS PARA UN BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

La idea a desarrollar en este capítulo consiste en la importancia de la gestión responsable de riesgos en la dirección operativa de las empresas, en función de los intereses de los accionistas y demás stakeholders de la organización, procurando mitigar conflictos de agencia y evitar, a la vez, la subestimación de obligaciones contingentes que distorsionen los criterios económicos para la asignación eficiente de los recursos corporativos.

Entendemos por Gobierno Corporativo la estructura existente en las organizaciones que incide en la toma de decisiones para asignar los recursos con que cuentan, en función del logro de los objetivos estratégicos previstos, particularmente, aquellos de carácter económico, es decir, la rentabilidad; mientras que el Comité de Basilea define el Gobierno Corporativo como el “conjunto de relaciones entre la gerencia de una sociedad, su Consejo, accionistas y otras partes interesadas que conforman la estructura mediante la que se fijan los objetivos de la sociedad, y los medios para su consecución y seguimiento”. En tal sentido, señala que ésta “ayuda a definir cómo asignar potestades y responsabilidades y cómo tomar decisiones corporativas”.

Para tales fines, las organizaciones desarrollan sistemas de información que les permiten aprovechar oportunidades de negocios, hacer frente a posibles amenazas del entorno utilizando, eficientemente, los recursos de la entidad; con esta última acotación nos referimos a potenciar las fortalezas y mitigar las debilidades internas de las empresas, lo cual se conoce como FODA en el argot de planeamiento estratégico.

En la medida que una organización es capaz de administrar los impactos potenciales de factores ajenos a su control se pueden alcanzar los objetivos estratégicos trazados, al menor costo posible y dentro del rango temporal previsto.

La toma de decisiones en materia de asignación de recursos puede resultar más o menos exitosa, en función de la ocurrencia o administración de eventos ajenos al control de los directores de las organizaciones; esto obliga a desarrollar sistemas de información que permitan identificar eventos perjudiciales para los intereses empresariales, que ayuden a medir su impacto sobre su situación financiera y que estimen, adicionalmente, su probabilidad de ocurrencia.

Cuando se habla entonces de un buen Gobierno Corporativo se hace referencia a una estructura capaz de alcanzar los objetivos estratégicos trazados por sus propietarios -principales-, a través de la organización administrativa diseñada para tales propósitos -agencia-.

En la medida que se logre la mejor alineación posible entre el directorio o Consejo de Administración (representante de los propietarios de las organizaciones), según sea el caso y el estamento ejecutivo (director ejecutivo, presidente ejecutivo o gerente general, según sea el caso), más fácil resultará enfrentar vicisitudes ajenas al control de la dirección.

Anticipar eventos relevantes que puedan afectar los resultados de la organización, constituye, por lo tanto, un elemento sustantivo para un buen Gobierno Corporativo.

Aunque visualizar situaciones potencialmente dañinas para las finanzas corporativas de una empresa resulta insuficiente, sino se prevén acciones orientadas a mitigarlas, por un lado, o gestionarlas, por el otro, en caso de presentarse determinados eventos.

La sistematización de este ejercicio se ha vuelto imprescindible en el ámbito empresarial desde la ocurrencia de defraudaciones globales en la conducción de empresas de peso económico mundial, especialmente, a partir de la crisis financiera que afecta a la economía planetaria desde el año 2007.

Sobre los orígenes de esta crisis, por cierto, se han suscitado diversos debates en el seno del Foro Económico Mundial (WEF por su siglas en Inglés) donde algunos economistas la atribuyen a los procesos de desregulación que se produjeron en Gran Bretaña y EE UU en la época de Margaret Thatcher y Ronald Reagan, respectivamente; mientras que otros atribuyen el fenómeno a ciclos naturales de la economía capitalista; pero lo cierto es que su extensión y duración es atribuible al nivel de integración mundial, su origen en economías desarrolladas y la ascendencia de estas dos economías sobre el resto del mundo.

Sin embargo, dada la separación existente entre la dirección y la propiedad de las empresas, en la actualidad, se vienen haciendo esfuerzos deliberados para evitar la defraudación de inversionistas y demás Stakeholders de las organizaciones que, al desconocer a detalle la situación financiera de las mismas -información asimétrica-, pueden tomar decisiones equivocadas sesgadas y, por ende, perjudiciales para sus intereses al invertir o prestar a una entidad.

Frente a esto, se conformó en el año de 1985 el Comité de organizaciones patrocinadoras de la Comisión Treadway (The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission - COSO), con el propósito de identificar los factores que originaban la presentación de información financiera falsa o fraudulenta y para emitir recomendaciones a fin de garantizar la máxima transparencia informativa. Desde entonces, se dedican a desarrollar marcos y orientaciones generales de control interno, gestión de riesgos empresariales y la prevención del fraude; todo ello con el ánimo de contribuir con el desempeño organizacional y la supervisión, a la vez de reducir el riesgo de fraude en las organizaciones.

Debido a la complejidad de las operaciones empresariales, fue necesario implantar procesos administrativos que abarcaran la planificación, organización, dirección y control de las mismas, teniendo de telón de fondo la labor de la auditoría interna. A su vez, estos procesos requerían de personal capacitado para adoptar y preservar las normas de control interno en el ámbito de la gestión, a fin de asegurar el cumplimiento de los objetivos empresariales.

De esta manera, las firmas empezaron a implementar o revisar, según fuera el caso, sus políticas de control interno, lo cual derivó en una diversidad de conceptos que carecían de uniformidad. Fue necesario, entonces, la definición de un marco conceptual que estandarizara las buenas prácticas con respecto a control interno, facilitando así la implementación y comprensión de sistemas de control interno adecuados; todo ello en aras de fortalecer el Gobierno Corporativo.

En un primer momento se tenía que establecer una definición común de control interno, y luego presentar un modelo guía para ser adaptado a las diversas naturalezas de las empresas. En septiembre de 1992, en los Estados Unidos, se emitió, por lo tanto, el informe Internal Control - Integrated Framework (Marco Integrado de Control Interno, COSO I).

Dicho marco fue incluido, posteriormente, en las políticas, reglas y regulaciones del mercado, para que las empresas mejoraran sus actividades de control hacia el logro de sus objetivos.

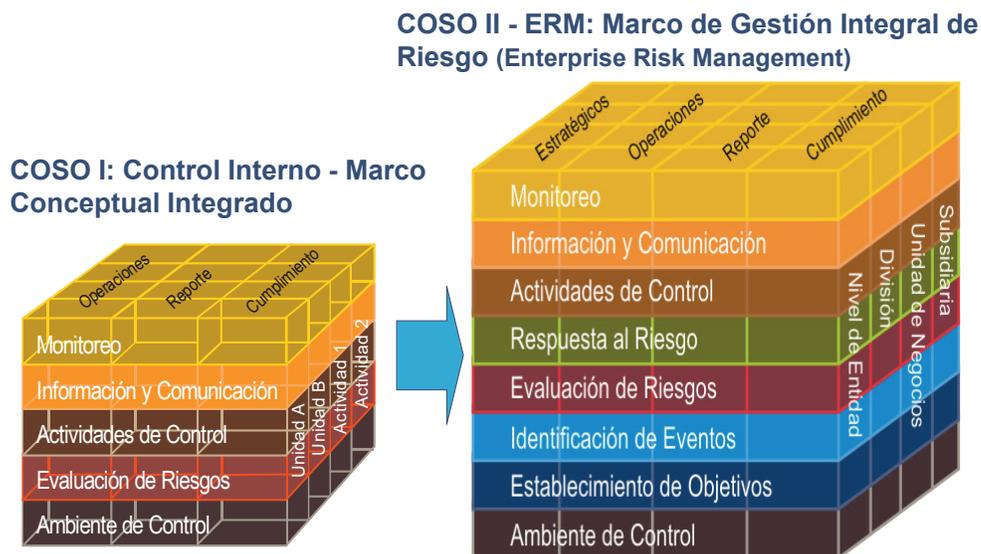
Ese fue el caso, también de la Ley Sarbanes Oxley<sup>2</sup>

Según la cual las empresas que cotizan en bolsa debían cumplir con una sección de control interno -sección 404-, la cual demandaba la implementación y evaluación de un sistema de control interno en las organizaciones.

A raíz de una serie de escándalos e irregularidades que provocaron cuantiosas pérdidas a inversionistas, empleados y otros grupos de interés, en septiembre de 2004, el comité COSO publicó el Enterprise Risk Management - Integrated Framework y sus aplicaciones técnicas asociadas (COSO II), ampliando con ello el concepto de control interno, y brindando un enfoque más completo y extenso sobre la identificación, evaluación y gestión integral del riesgo.

Este nuevo enfoque no sustituyó el marco de control interno, sino que lo incorporó como parte de él, permitiendo a las compañías mejorar así sus prácticas de control interno o decidir encaminarse hacia un proceso más completo de gestión de riesgo.

La transición de un esquema a otro se ilustra a continuación:



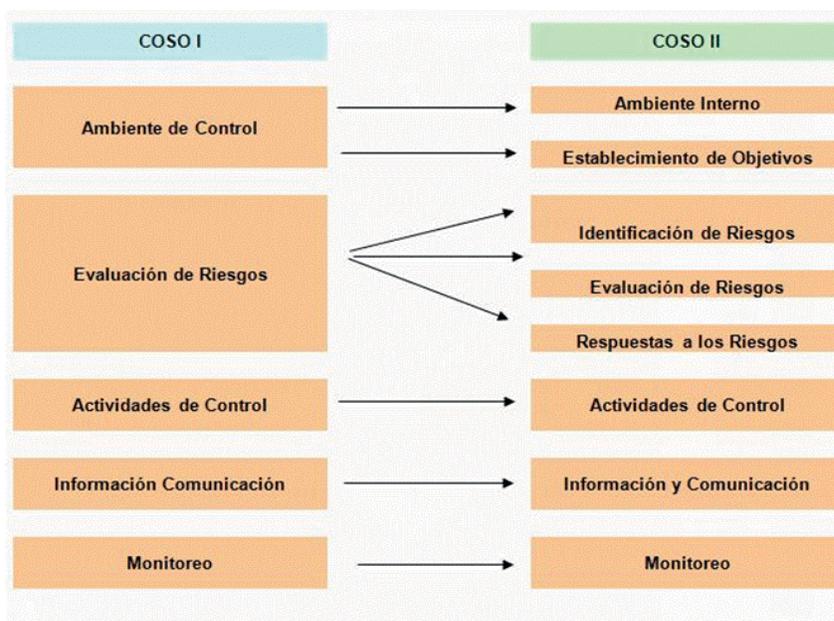
**GRÁFICO 1**  
**MARCO DE GESTIÓN INTEGRAL DE RIESGO (COSO II-ERM)**

*Fuente: PriceWaterhouseCoopers.*

<sup>2</sup> La Ley Sarbanes Oxley, cuyo título oficial en inglés es Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (30 de julio de 2002), es una ley de Estados Unidos también conocida como el Acta de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección al Inversionista. También es llamada SOx, SarbOx o SOA. Nace en los Estados Unidos de América para monitorear a las empresas que cotizan en bolsa de valores, evitando que la formación de precio de sus acciones resulte dudosa para el mercado. Su finalidad sería, entonces, evitar fraudes y riesgos de bancarrota, protegiendo así a los inversionistas ante información asimétrica. Esta ley, más allá del ámbito nacional, involucra a todas las empresas que cotizan en NYSE (Bolsa de Valores de Nueva York), así como a sus filiales.

## GRÁFICO 2

## CAMBIOS RELEVANTES ENTRE EL MARCO CONCEPTUAL INTEGRADO (COSO I) Y EL



*Fuente: PriceWaterhouseCoopers.*

Como puede apreciarse en los gráficos anteriores, el cambio más significativo entre un enfoque y otro giró en torno al tratamiento del tema de la gestión de riesgo, que se amplió a la identificación de eventos que pudieran causar daños a las finanzas de la organización y a su mitigación, en función de los objetivos trazados a nivel corporativo.

En esta línea de ideas, Ernst & Young señala que “contar con un buen Gobierno Corporativo es determinante para la supervivencia de las empresas” y permite:

- “Contar con una adecuada alineación estratégica.
- Lograr que todos los elementos en la dirección tengan mentalidad empresaria
- Balance entre regulación y efectividad de la empresa
- Manejo de riesgos”.

Dicha firma agrupa los principios de un buen Gobierno Corporativo en 6 (Responsabilidad, Estrategia, Adquisición, Desempeño, Cumplimiento y Riesgos) y al referirse al último de los principios listado, Ernst & Young menciona que: “se administran los riesgos a los que está expuesta la empresa de manera integral y al nivel apropiado de responsabilidad”.

Como parte de la implantación de los lineamientos de COSO se conformaron comités de auditoría y de riesgos dentro de las organizaciones, incluyendo dentro de éstos a la alta gerencia, comprendiendo dentro del esquema general, la labor del Consejo de Administración, del auditor interno, externo y del regulador de la industria, convirtiéndose estos cuatro actores en los pilares del sistema de gestión de riesgos de las organizaciones, en función de los objetivos estratégicos trazados por el Consejo de Administración y en beneficio de los intereses de todos los actores involucrados en el quehacer de las empresas, comenzando por el correspondiente a los propietarios.

Ahora bien, debido al alcance financiero que pueden tener las dificultades experimentadas por las entidades financieras en cualquier economía, desde hace algún tiempo se fomentan prácticas de autogestión de riesgos en la banca y en la industria de los seguros, entre otras actividades reguladas.

Por el rol desempeñado por la banca, como soporte de la esfera real de la economía, se puede afirmar que un buen Gobierno Corporativo resulta esencial para el funcionamiento adecuado del sector financiero y para el desempeño estable de la economía en su conjunto.

Al intermediar recursos prestables entre ahorradores e inversionistas privados, la seguridad y solidez de la banca resulta clave para la estabilidad financiera dentro un colectivo imaginario.

Las deficiencias que puedan presentar los gobiernos de los bancos pueden potenciar crisis incipientes, vía contagio dentro de la industria y en la economía en general.

De ahí que el principal objetivo del Gobierno Corporativo sea salvaguardar el interés de las partes afectadas, de conformidad con el interés público y de forma sostenible. Esa instancia directiva –Gobierno Corporativo– define, de hecho, cómo se asignan las potestades y responsabilidades entre el Consejo de Administración y la Alta Dirección en el desempeño de las actividades y negocios; por lo tanto, definen:

- Las estrategias y objetivos de la organización;
- Los criterios de selección y supervisión del personal;
- Delimitan cuáles serán y las características que tendrán las actividades bancarias cotidianas;
- Los procedimientos para proteger los intereses de los depositantes, las obligaciones ante el accionariado y la observancia de los intereses del resto de partes interesadas;
- Los mecanismos de alineación entre la cultura, las actividades y el comportamiento corporativo, respecto a la expectativa que seguridad y solvencia del banco, de conformidad con la legislación y reglamentos vigentes; y, además,
- Las funciones de control y cómo estarán repartidas dentro de la estructura funcional.

De ahí se tiene la difusión global de políticas de gestión de riesgos<sup>3</sup> promovidas por entidades como el Comité de Basilea<sup>4</sup> y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros<sup>5</sup>, entre otras entidades rectoras de operadores financieros, a nivel global.

En el caso de la banca, los principios de gestión promovidos por el Comité de Basilea son:

---

<sup>3</sup> Este concepto engloba los procesos establecidos para garantizar que todos los riesgos materiales y sus correspondientes concentraciones de riesgo se identifican, miden, limitan, controlan, mitigan y notifican de forma oportuna e íntegra.

<sup>4</sup> El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea representa una organización mundial que reúne a las autoridades de supervisión bancaria, cuya función es fortalecer la solidez de los sistemas financieros.

<sup>5</sup> Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS); promueve una supervisión eficaz y coherente de la industria de seguros a nivel mundial, con el fin de desarrollar y mantener mercados justos, seguros y estables para contribuir a la estabilidad financiera mundial.

Principio 1: Responsabilidades generales del Consejo	Principio 7: Identificación, seguimiento y control de riesgos
Principio 2: Aptitudes y composición del Consejo	Principio 8: Comunicación de riesgos
Principio 3: Estructura y prácticas del Consejo	Principio 9: Cumplimiento
Principio 4: Alta dirección	Principio 10: Auditoría interna
Principio 5: Gobierno de estructuras de grupo	Principio 11: Retribución
Principio 6: Función de gestión del riesgo	Principio 12: Divulgación y transparencia
	Principio 13: El papel de los supervisores

Por otro lado, los principios rectores de la IAIS, también abarcan el tratamiento del Gobierno Corporativo, como se aprecia a continuación:

Principio 1: Organización del Órgano Supervisor de Seguros	Principio 10: Reaseguro
Principio 2: Autorizaciones	Principio 11: Conductas de Mercado
Principio 3: Cambios en el Control Accionario	Principio 12: Reportes Financieros
Principio 4: Gobierno Corporativo	Principio 13: Visitas de Inspección
Principio 6: Activos	Principio 14: Sanciones
Principio 7: Pasivos	Principio 15: Operaciones Transfronterizas
Principio 8: Requerimientos de Capital y Solvencia	Principio 16: Coordinación y Cooperación
Principio 9: Derivados y Uso de Otros Instrumentos Financieros	Principio 17: Confidencialidad

A continuación, se presentan, a manera de ilustración, los 6 principios relacionados con la gestión de riesgos consensuados por el Comité de Basilea, en materia de Gobierno Corporativo, con algún pequeño detalle, los cuales abarcan desde la naturaleza funcional de la gestión de riesgos, hasta las políticas de retribución alineadas con el logro de una gestión responsable en ese ámbito.

## RECUADRO 1

**Principio 6: Función de gestión del riesgo**

Los bancos deben contar con una función independiente eficaz para la gestión del riesgo, bajo la dirección de un director de riesgos (CRO), con suficiente autoridad, independencia, recursos y acceso al Consejo.

**Principio 7: Identificación, seguimiento y control de riesgos**

Los riesgos se deben identificar, seguir y controlar de forma continuada a nivel de todo el banco y de entidades individuales. La sofisticación de la infraestructura de gestión del riesgo y control interno debe acompañarse a los cambios en el perfil de riesgo del banco, la coyuntura de riesgos externos y las prácticas del sector.

**Principio 8: Comunicación de riesgos**

Un marco eficaz de gobierno de riesgos exige una comunicación sólida sobre el riesgo en el seno del banco, tanto a través de la organización como mediante la presentación de informes al Consejo y a la alta dirección.

**Principio 9: Cumplimiento**

El Consejo de Administración del banco es responsable de vigilar la gestión del riesgo de cumplimiento del banco. El Consejo debe establecer una función de cumplimiento y aprobar las políticas y procesos del banco para identificar, evaluar, seguir, notificar y asesorar sobre riesgos de cumplimiento.

**Principio 10: Auditoría interna**

La función de auditoría interna debe proporcionar aseguramiento independiente al Consejo y respaldar al Consejo y a la alta dirección en la promoción de un proceso de gobierno eficaz y la solidez a largo plazo del banco.

La preocupación central del Comité Basilea gira en torno a la capacidad de la banca para responder a sus obligaciones inmediatas y de mediano plazo, es decir, alrededor del tema de la liquidez y la solvencia. Esto supone que las instituciones bancarias, al identificar el impacto potencial que podría originarse a partir de eventos fortuitos, tendrían que adecuar su patrimonio, previendo situaciones de quiebra.

Los requerimientos patrimoniales de estas instituciones deberían responder, entonces, a la exposición a riesgos, en sus diferentes vértices, tales como la liquidez, riesgos tecnológicos, operativos, reputacionales, de lavado de activos, por ejemplo.

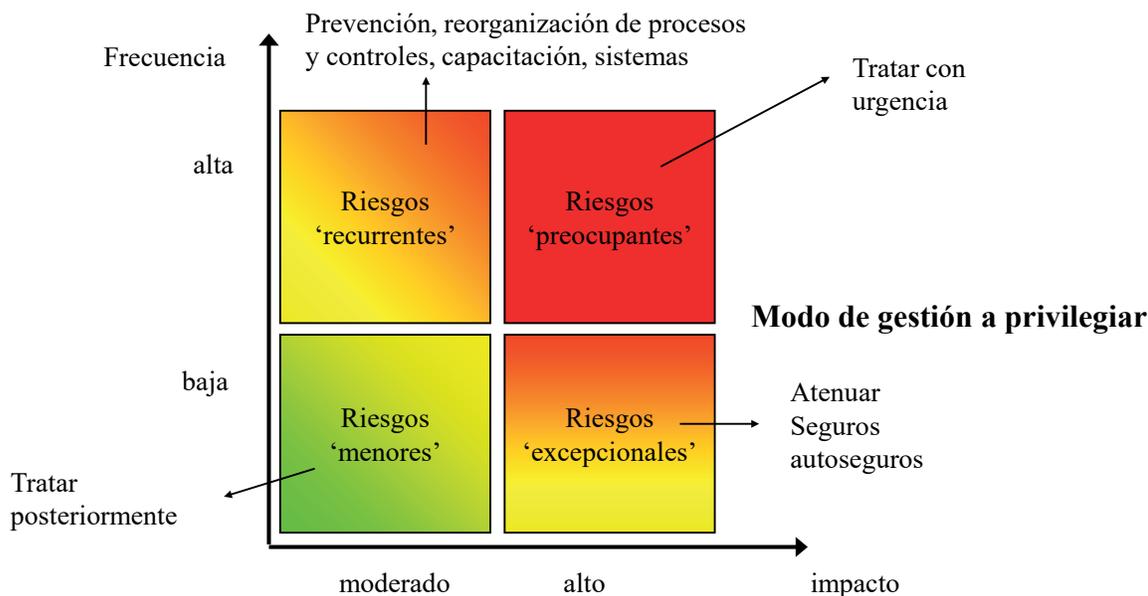
Al cuantificarse la magnitud potencial de pérdidas ante el advenimiento de eventos negativos para los intereses de la empresa, los requerimientos patrimoniales podrían ajustarse gradualmente; sin embargo, antes de esto, las entidades bancarias deberían adoptar medidas de control que reduzcan daños potenciales frente a tales exposiciones.

Una vez identificados los eventos antes enunciados, sería necesario evaluar la probabilidad de su ocurrencia para adoptar políticas de gestión que ayuden a mitigar su impacto.

Para tales fines se elaboran mapas o matrices de riesgo por área, así como planes y políticas corporativas para enfrentar eventualidades; de no hacerse esto, la dirección de las entidades las dejaría vulnerables a situaciones de quiebra, ante amenazas existentes en su entorno, por un lado y a debilidades internas que pudieran derivar en acciones dolosas por parte de su personal, por el otro.

En función de tales valoraciones, las empresas, definen el orden de prioridad de las acciones a tomar para la mitigación de daños y la forma de hacerlo, tal como aparece en el siguiente gráfico.

GRÁFICO 3  
CRITERIOS PARA ELABORACIÓN DE MAPAS DE RIESGOS

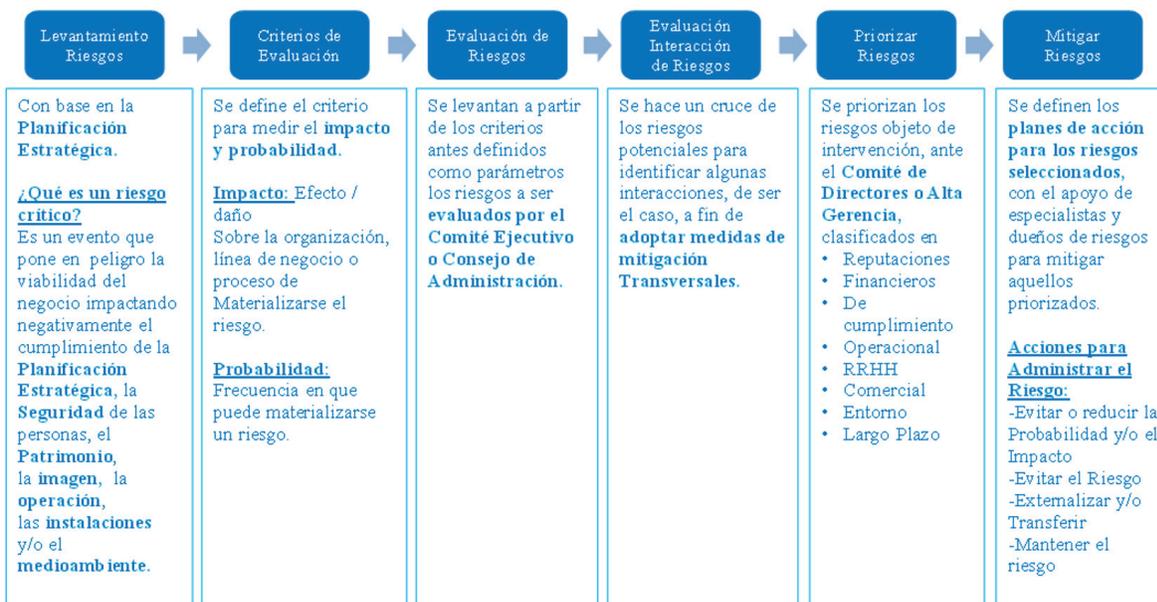


*Fuente: Eduardo Ojeda.*

Del gráfico anterior se infieren posibles acciones de control que podrían adoptarse en las organizaciones, dependiendo de la gravedad potencial de los impactos financieros asociados a riesgos identificados oportunamente, y en función de su probable ocurrencia.

A continuación, se ilustra el sistema de gestión de riesgos, grosso modo, según lo propuesto, a nivel de normas, por la Organización Internacional de Normalización (ISO).

GRÁFICO 4  
GESTIÓN DE RIESGOS



*Fuente ISO 9001:2015*

En relación con el gráfico anterior, el primer paso a tener presente, en el tema que nos ocupa, consiste en el levantamiento de riesgos en la etapa de planificación y definición de objetivos en la materia, a partir del apetito de riesgo de las organizaciones; a continuación se definen los criterios que servirán de base para identificar la probabilidad de ocurrencia de ciertos eventos y sus impactos financieros, evaluándolos posteriormente a nivel de Comité Ejecutivo o Consejo de Administración; posteriormente a su cuantificación, se define el orden de prioridades y medidas de control; esto se realiza a nivel de alta dirección, donde se termina de afinar los planes de acción, métricas de control, seguimiento y los hitos del ciclo de mejora continua.

Vale la pena agregar aquí que, existe toda una corriente de pensamiento gerencial que propugna por la adopción de matrices de riesgo como parte de las mejores prácticas para un buen Gobierno Corporativo. Para destacar la importancia de este tipo de acciones, en el marco del Gobierno Corporativo, se pretende ilustrar el trabajo promovido en la industria financiera, en El Salvador, a partir de la labor de la Superintendencia del Sistema Financiero (SSF) y, más concretamente, respecto al sistema previsional.

Esta tarea de promoción de la gestión de riesgos en el sistema financiero nacional y de fiscalización de las entidades reguladas en El Salvador, están inspiradas en el principio 13 del Comité de Basilea que literalmente dice lo siguiente: "**Principio 13: El papel de los supervisores**". Los supervisores deben proporcionar orientación y supervisar el gobierno corporativo de los bancos, entre otros, mediante evaluaciones integrales y la interacción periódica con el Consejo y la alta dirección, exigir las mejoras y medidas correctivas necesarias y compartir información sobre gobierno corporativo con otros supervisores".

Bajo la orientación del principio de Basilea antes señalado, la SSF, al igual que la mayoría de

entidades rectoras del sistema financiero en nuestro continente, ha iniciado una transformación radical en su enfoque de fiscalización, procurando trascender del control de cumplimiento normativo hacia una supervisión integral basada en la gestión de riesgos por parte de las entidades reguladas.

Adicionalmente y para garantizar el involucramiento efectivo del Consejo de Administración o directorio en la gestión ordinaria de los negocios, evitando con ello que sus miembros alejen desconocer algún tipo de actividad realizada por el cuerpo gerencial, se ha universalizado la adopción de códigos de Gobierno Corporativo y de ética empresarial, los cuales deben divulgarse a lo largo de la estructura organizativa de las instituciones, comenzando por el Consejo de Administración.

Tales códigos vienen a sumarse a las mejores prácticas de un buen Gobierno Corporativo y son objeto de fiscalización por parte de las entidades rectoras de la industria y la falta de divulgación puede conducir a sanciones para las entidades que carezcan de ellos o no los hayan divulgado correctamente al interior de la organización.

Existe, por ende, un acuerdo global sobre la importancia de la gestión basada en riesgos que explica por qué las autoridades fiscalizadoras, a nivel mundial, han adoptado medidas encaminadas a mejorar la vigilancia reguladora y supervisora del Gobierno Corporativo y del riesgo en los bancos, especialmente. Entre las medidas implementadas se encuentran, lógicamente, el desarrollo o fortalecimiento, según el caso, de la regulación en función de la gestión del riesgo por parte de las entidades reguladas, procurando que exista una interacción más frecuente entre el Consejo y la gerencia de las entidades y evaluar, adicionalmente, la calidad y utilidad de la información que le proporcionan al Consejo para la toma de decisiones.

Esta iniciativa pretende trasladar mayor responsabilidad a las entidades fiscalizadas, sobre el control de los riesgos inherentes a la industria, evitando con ello exposiciones irresponsables por parte de la industria, a la hora de asumir riesgos.

No está de más mencionar aquí que, en algunas oportunidades, los responsables directos de la crisis financiera global que se hizo evidente a partir de mediados del año 2007, en los EE UU, aseguraban que la crisis en que estuvieron inmersos se debió a que los reguladores no hicieron lo suficiente para impedirles que asumieran riesgos excesivos, como lo señala Joseph E. Stiglitz en su libro “Caída Libre”, cuando se refiere a las causas de la actual crisis mundial, al destacar que el riesgo moral fue uno de los factores determinantes de esta problemática.

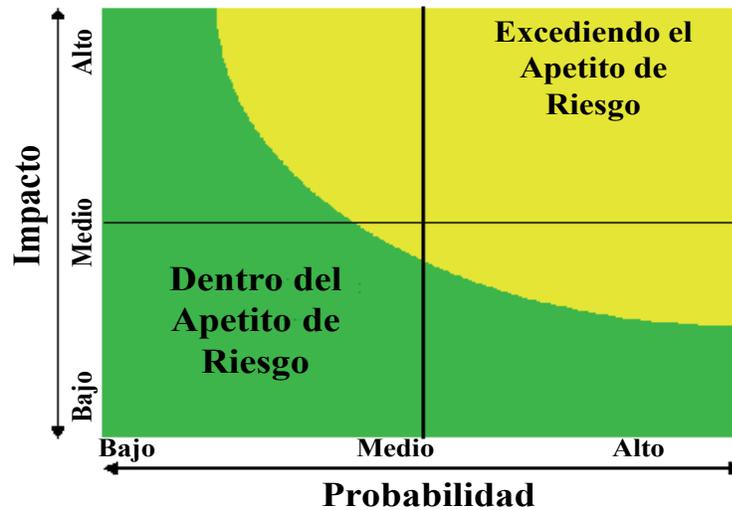
En la medida que el directorio, como parte nuclear del Gobierno Corporativo, esté debidamente informado de los riesgos que enfrenta la empresa, así deberían asignarse recursos suficientes para mitigarlos, hasta el punto en que el riesgo residual guardara correspondencia con el grado de apetito<sup>6</sup> o aversión al riesgo de los accionistas y que las pérdidas potenciales que pudieran presentarse, ante la ocurrencia de los eventos identificados, oportunamente, no pusieran en peligro la continuidad del negocio<sup>7</sup> tal como se ilustra a continuación:

*6 Nivel agregado y tipos de riesgo que un banco está dispuesto a asumir, previamente decidido y dentro de su capacidad de riesgo, a fin de lograr sus objetivos estratégicos y plan de negocio; RAF, según el Comité de Basilea. La metodología adoptada por las entidades bancarias para su gestión incluye políticas, procesos, controles y sistemas que permitan establecer dicho apetito, comunicarlo a terceros y darle seguimiento del apetito por el riesgo. Esto supone, además, una declaración del apetito por el riesgo, límites de riesgo y una descripción de las funciones y responsabilidades de los que vigilan la implementación y realizan el seguimiento del RAF, debiendo considerar los riesgos sustanciales para el banco, así como para su reputación frente a asegurados, depositantes, inversores y clientes. El RAF se alinea a la estrategia del banco.*

*7 Debe establecerse cuál es la cantidad máxima de riesgo que puede asumir un banco con base en su capital, la estrategia adoptada para su gestión, sus capacidades de control y las restricciones reguladoras que debe observar.*

GRÁFICO 5

NIVEL DE RIESGO QUE LOS ACCIONISTAS ESTÁN DISPUESTOS A ACEPTAR



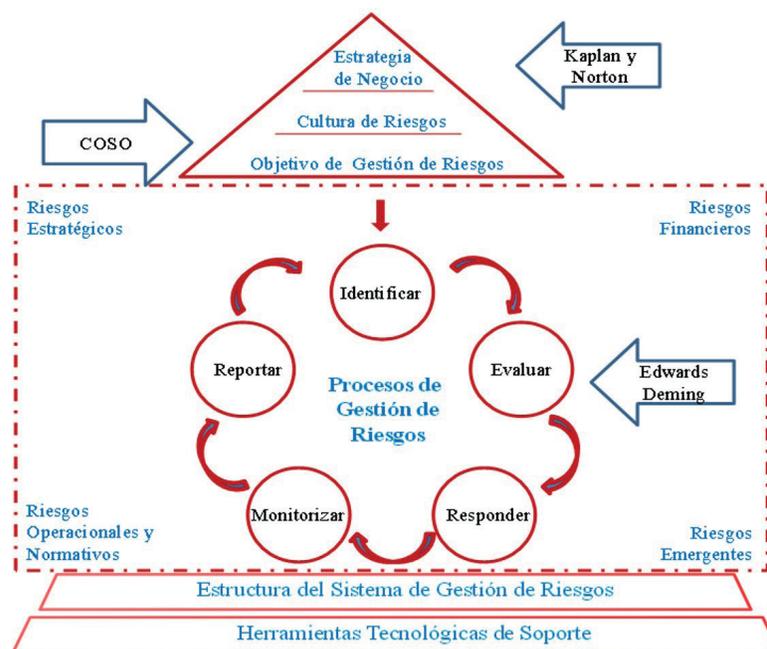
*Fuente: PriceWaterhouseCoopers*

Las acciones de mitigación adoptadas por las empresas, además de responder a criterios de impacto y frecuencia, también consideran el apetito de riesgo establecido conscientemente por el directorio a manera de objetivo; dependiendo del nivel de riesgo considerado aceptable para ellos, así se establecerán controles, ya que el impacto de algún evento predecible puede redundar en un daño económico menor al costo que supondría controlarlo.

Se debe mencionar aquí que, cualquier sistema de gestión demandará recursos y para que su uso sea eficiente deberá valorarse, previamente, la relación costo beneficio correspondiente; carece de sentido destinar recursos escasos de la empresa para enfrentar situaciones poco probables o cuyo impacto no resulte significativo; puede resultar mejor, en algunas ocasiones, contratar un seguro para trasladarle a un tercero las pérdidas que pudieran enfrentarse producto de una contingencia.

A continuación, se muestra la integración que existe entre la gestión de riesgos y la dirección estratégica de las organizaciones, en el marco de las mejores prácticas de un buen Gobierno Corporativo.

GRÁFICO 6  
SISTEMA INTEGRAL DE GESTIÓN DE RIESGOS



Al definir la visión estratégica, las organizaciones establecen, además, las acciones a implementarse para trascender de una situación actual a una deseada; para ello deben identificarse los riesgos que pueden afectar la consecución del Plan, formando parte integral del planeamiento estratégico, los objetivos perseguidos en materia de riesgo; para que esta visión se concrete es necesario fomentar una cultura de control de riesgos dentro de la organización y a partir de ahí, como aparece en el gráfico anterior, se realiza la gestión de cada tipología de riesgo, siguiendo el planteamiento de Edwards Deming (Ciclo de mejora continua), teniendo-se que estructurar, para ello, un esquema de seguimiento a través de herramientas tecnológicas de soporte como las propuestas por Kaplan y Norton.

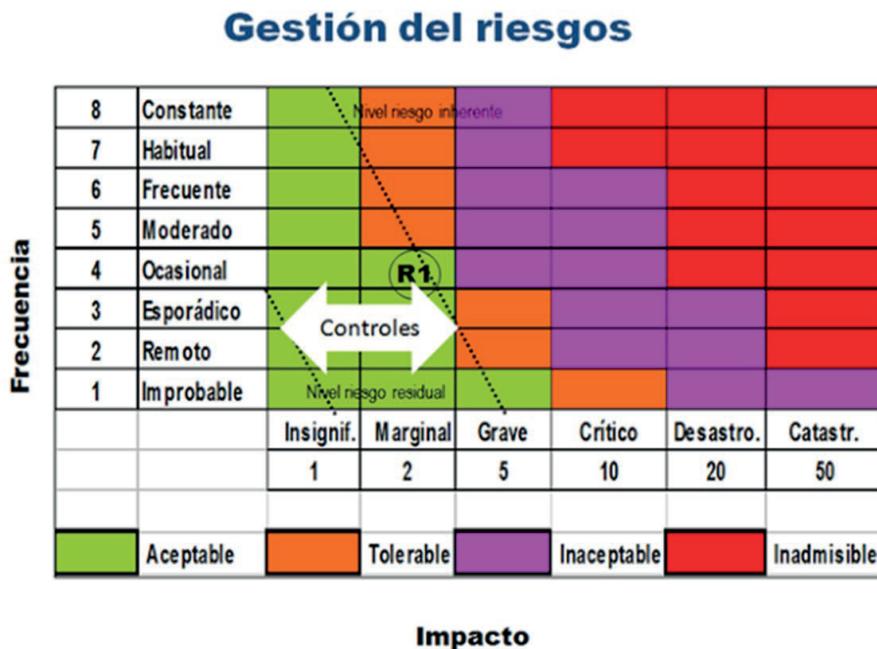
En todo caso, se puede destacar aquí, que los riesgos no pueden eliminarse, pero sí administrarse, adoptando medidas adecuadas y dándoles seguimiento a través de sistemas de información apropiados. Claro está que, existen algunos riesgos de mayor impacto que otros y cuya ocurrencia parece más probable; al combinarse estos elementos de impacto y probabilidad de ocurrencia, se dispone de un panorama general para elaborar planes de acción y de contingencia con los cuales gestionar los negocios.

Un buen Gobierno Corporativo debe disponer, entonces, de este tipo de herramientas que les sirva como carta de navegación para alcanzar las metas previstas en los planes estratégicos, es decir, para llegar a un puerto seguro, metafóricamente hablando.

Para tales efectos se contempla la identificación de riesgos, se identifican acciones de mitigación y se fijan unidades de medición que permitan evaluar permanentemente los niveles de riesgo experimentados a efecto de adoptar acciones correctivas, de ser necesario.

Las herramientas que normalmente se usan en estos casos se desprenden de los aportes de Kaplan y Norton sobre el Cuadro de Mando Integral, tal como se ilustra a continuación.

GRÁFICO 7  
MATRIZ DE RIESGO



Fuente: Juan Alberto Villanueva Chang

En el gráfico anterior se identifican los riesgos considerados inadmisibles e inaceptables, los cuales requerirán mayor atención, y a partir de los objetivos de mitigación se monitorearán los cambios experimentados con el paso del tiempo, hasta alcanzar niveles que resulten aceptables y tolerables para la organización.

El diseño de todas estas herramientas debe formar parte de una visión global para la administración de cualquier emprendimiento, a tal punto que, como lo señala el Principio No. 11 de Basilea, se debe permear las políticas de retribución y, además, deben divulgarse los incentivos ofrecidos y las sanciones en caso de comprobarse conductas negligentes o dolosas perjudiciales para las finanzas empresariales<sup>8</sup>.

De igual manera en la industria previsional se han suscitado cambios significativos en los modelos de protección social, en los últimos años, observándose que en diversas latitudes se han adoptado esquemas de Capitalización Individual para la gestión de este tipo de derechos, en contraposición a las figuras tradicionales del reparto, que datan del origen de la Seguridad Social como se conoce en la actualidad, es decir, como un sistema de derechos a favor de los trabajadores afiliados a diferentes tipos de regímenes; en contraposición a esquemas existencialistas sin enfoque de derecho.

<sup>8</sup> Podría decirse que esta visión empresarial requiere de la deconstrucción de la cultura organizativa, desmontando los vicios operativos existentes y abrazar un nuevo estilo de gestión basado en normas, actitud y comportamiento relativos a la asunción y gestión consciente del riesgo, y la implementación de controles que guían las decisiones en este ámbito. La cultura de riesgo debería influir, entonces, en las decisiones gerenciales y el comportamiento del personal durante el desempeño de sus actividades cotidianas, manteniéndose alertas sobre el posible impacto que tendrían los riesgos que asumen.

Ante esta realidad, los sistemas previsionales han evolucionado hacia formatos más proclives a productos de mercado como los ofrecidos por operadores financieros tradicionales y, gradualmente, la gestión de estas prestaciones ha sido concesionada a terceros por parte del Estado; sin que esto signifique, por supuesto, que el servicio público de la seguridad social haya sido privatizado; aunque bajo estas circunstancias, la consecución de los objetivos trazados por las Políticas Públicas en este ámbito de intervención, depende de la capacidad sancionatoria que posea el Estado para corregir desviaciones y abusos de los concesionarios de estos servicios, al no reconocer correctamente los derechos contenidos en las leyes respectivas.

Es por esta razón que, simultáneamente, se crearon entidades rectoras de la industria previsional reformada, en aquellos países donde se adoptaron modelos de Capitalización Individual; en algunos casos, estas entidades tenían, inclusive, un carácter especializado e independiente de los reguladores de la industria bancaria y de seguros.

La idea central de este tipo de reformas consistía en implementar políticas públicas a través de terceros, ante la percepción de que las entidades públicas no deberían entregar servicios directamente, sino que debían tutelarles los derechos a los afiliados a través de un eficiente sistema de control.

Partiendo de ese precepto, se constituyeron entidades especializadas en la supervisión de operadores privados y públicos de pensiones, según la modalidad adoptada en cada realidad.

No obstante, con el tiempo, diversas entidades reguladoras de la industria previsional fueron absorbidas o se fusionaron con los supervisores de la banca, seguros y del mercado financiero, tal como sucedió en El Salvador a partir del año 2011.

De ahí que, al igual que como se señaló en materia de banca y seguros, anteriormente, los responsables del control de los operadores privados de pensiones se sumaron a la corriente de fiscalización con base en la gestión de riesgos, promoviendo dentro de esta nueva industria, políticas de buen Gobierno Corporativo y la incorporación de herramientas como las comentadas sobre la gestión de riesgos.

Esto último inspirado en los trabajos realizados por IOPS (International Organisation of Pension Supervisors), organización adscrita a la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos), por un lado y de la AIOS (Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones), por el otro.

Ambas organizaciones, la primera a nivel mundial y la segunda a nivel latinoamericano, han estado trabajando en la definición de buenas prácticas para la gestión de riesgos para los Fondos de Pensiones y en principios rectores para la supervisión de intermediarios en este tipo de industria, tales como las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), en El Salvador.

El trabajo realizado por la IOPS abarca lineamientos para la gestión de diversos riesgos como legales, reputaciones, de inversión, operativos, etc., para lo cual dicha organización ha contratado estudios con expertos internacionales, encargándose de indagar y comparar sistemas previsionales de diferente naturaleza, algunos de beneficio definido; otros de contribución definida o mixtos, y con matices al interior de cada modalidad. De estos trabajos se han deducido principios de aplicación general, a manera de buenas prácticas, en materia de gestión de riesgos como parte de la estructura en que descansa un Gobierno Corporativo para los operadores de pensiones a nivel mundial y de los cuales se deducen, además, algunas líneas de acción para su fiscalización basada en riesgos. En función de lo mencionado hasta ahora, se analizará cómo se ha pretendido incorporar la gestión de riesgos, como parte de las mejores prácticas de un buen Gobierno Corporativo, en la dirección de las entidades financieras salvadoreñas, así como en la supervisión en sí; destacando en alguna medida, lo relevante sobre la industria previsional, por interés particular del autor, por el material escrito en el ámbito de gestión de sistemas y fondos de pensiones para ISEADE-FEPADE.

### III - SUPERVISIÓN BASADA EN LA GESTIÓN DE RIESGO LA EXPERIENCIA DE EL SALVADOR

En El Salvador, la Superintendencia del Sistema Financiero (SSF) absorbió, en el año 2011, a las superintendencias especializadas de Valores (SV), por un lado y la de Pensiones (SP), por el otro.

Antes de esa fecha cada institución hacía esfuerzos independientes para adoptar una metodología de fiscalización con base en la gestión de riesgos (SBR), en contraposición a la fiscalización basada en el cumplimiento normativo.

La entidad que se encontraba más avanzada, en esa fecha, en la adopción de este tipo de esquemas era la SSF, la cual había comenzado a trabajar con los principios del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea y de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros; la entidad que se encontraba más rezagada en la incorporación de un modelo de SBR era la SV; mientras que la SP estudiaba la adopción de los principios acordados en el seno de la AIOS y sugeridos, también, en la guía emitida por la IOPS.

Previamente a la integración de las superintendencias, la SSF ya había implementado planes piloto en algunas instituciones bancarias pequeñas, contando con la asesoría de la Oficina del Superintendente de Instituciones Financieras (OSFI, por sus siglas en inglés) de Canadá.

A eso obedece el hecho que la SSF haya adoptado una matriz de calificación del riesgo bastante parecida a la utilizada por la OSFI, tal como se presenta en el Cuadro 1.

CUADRO 1

Agregado de riesgos por actividad significativa	Nivel de riesgo inherente por actividad significativa			
	Bajo	Moderado	Encima del promedio	Alto
	Evaluación del riesgo neto			
Fuerte	Bajo	Bajo	Moderado	Encima del promedio
Aceptable	Bajo	Moderado	Encima del promedio	Alto
Necesita mejoras	Moderado	Encima del promedio	Alto	Alto
Débil	Encima del promedio	Alto	Alto	Alto

*Fuente: OSFI.*

En caso que el nivel de riesgo inherente alto, no se logre mitigar mediante acciones de mitigación apropiada y el riesgo residual o neto, continúe siendo alto, la calificación de las actividades e instituciones se va degradando, desde una posición fuerte, hasta una débil que requiere de una atención particular por parte del supervisor y una eventual intervención.

En el siguiente recuadro se presenta la matriz de calificación utilizada por la SSF. Dicha matriz es utilizada para evaluar y calificar a las entidades reguladas -desde la perspectiva del riesgo, concretamente-, así como a cada industria de manera consolidada.

RECUADRO 2

NIVELES DE CALIFICACIÓN	DESCRIPCIÓN
Bajo (1)	Adecuada gestión de los riesgos que los mitiga en forma razonable, con una baja probabilidad de impacto negativo en el capital de la entidad y en sus ingresos
Moderado (2)	La gestión mitiga en forma razonable los riesgos, con una probabilidad promedio de impacto negativo en el futuro cercano, en el capital de la entidad regulada y en sus ingresos
Por encima del promedio (3)	Debilidades en la gestión que no mitigan en buena medida los riesgos, que sin exponerla a amenazas a corto plazo, existen probabilidades de impacto negativo en el capital y en los ingresos de la entidad o industria, según sea el caso
Alto (4)	Debilidades en la gestión que no mitigan en gran medida los riesgos, con exposición a amenazas a corto plazo, con una alta probabilidad de impacto negativo en el capital e ingresos de la entidad o industria, según sea el caso

*Fuente: Superintendencia del Sistema Financiero*

Vale la pena señalar aquí que, las calificaciones son justificadas a partir de factores como: la exposición a riesgos, las medidas de mitigación establecidas y las áreas de preocupación de cada entidad y, además, son revisadas frecuentemente en función de los insumos recogidos por las diferentes áreas de la SSF involucradas en la supervisión. Posteriormente, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), concretamente con recursos del Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN), la SSF contrató una consultoría, donde participó un ex Superintendente de Entidades Financieras, de Argentina, quien les apoyó en la transición hacia el nuevo esquema de supervisión consolidada y, tangencialmente, con la adopción de un enfoque de SBR.

En esta misma línea de actividades, desde el año 2011 la SSF cuenta con el apoyo del Fondo Monetario Internacional (FMI) para la adopción de la SBR y participa, desde septiembre del año 2011, en la consultoría “Supervisión Basada en Riesgos- Pilotos Asistidos”, desarrollada, además, en el marco de actividades propias del CAPTAC- DR, realizando el año pasado (2014) una prueba piloto de Riesgo de Crédito y un ejercicio de calificación global de riesgos para 7 Bancos, con el objeto de conocer el impacto potencial que tendría la materialización de los riesgos a que están expuestas las entidades de la muestra. Esto indica el nivel de compromiso institucional por adoptar un modelo de SBR, pero, además, el nivel de avance en que se encuentra. Ahora bien, antes de entrar en detalles sobre el modelo de SBR, en El Salvador y los modelos de supervisión indirecta y directa, es necesario mencionar que en el año 2011 se promulgó la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF) que promovió, entre otros cambios radicales a la estructura de regulación, supervisión y control del sistema financiero, la separación de las funciones normativas de la industria financiera, delegándose las al Banco Central de Reserva de El Salvador, por lo que, desde esa fecha, se conformó un Comité de Normas entre dicha Institución y la SSF para elaborar normativas y lineamientos para la adopción de políticas en la industria financiera nacional.

La importancia que tiene la reforma a la arquitectura financiera local, auspiciada mediante la aprobación de la LSRSF, para el tema que nos ocupa, radica en que a través de ella se da cobertura legal a la fiscalización mediante la gestión de riesgo en la industria financiera, en general.

En el recuadro 3 se extrae lo relevante para el tema:

RECUADRO 3

LSRSF Art. 3.- La Superintendencia es responsable de supervisar la actividad individual y consolidada de los integrantes del sistema financiero y demás personas, operaciones o entidades que mandan las leyes. Para el ejercicio de tales atribuciones contará con independencia operativa, procesos transparentes y recursos adecuados para el desempeño de sus funciones.

Al efecto compete a la Superintendencia: ...

c) Monitorear preventivamente los riesgos de los integrantes del sistema financiero y la forma en que éstos los gestionan, velando por el prudente mantenimiento de su solvencia y liquidez; ...

e) Vigilar que los integrantes del sistema financiero y supervisados realicen, según corresponda, sus negocios, actos y operaciones de acuerdo a las mejores prácticas financieras, para evitar el uso indebido de información privilegiada y la manipulación del mercado; ...

i) Requerir que las entidades e instituciones supervisadas sean gestionadas y controladas de acuerdo a las mejores prácticas internacionales referidas a la gestión de riesgos y de buen gobierno corporativo, según las normas técnicas que se emitan; ...

LSRSF Art. 4.- La Superintendencia tendrá las facultades siguientes: ...

c) Efectuar la supervisión individual y consolidada de los integrantes del sistema financiero, así como la supervisión de los demás sujetos regulados por esta Ley; ...

f) Conocer las políticas internas de los integrantes del sistema financiero, en materia de gestión de riesgos, códigos de conducta y otro tipo de requisitos que les son exigidos, en particular, los referidos en los literales c) y d) del artículo 35 de esta Ley, pudiendo solicitar explicaciones y ampliaciones cuando lo considere pertinente, en atención a las mejores prácticas internacionales; ...

LSRSF Art. 35.- Sin perjuicio de otras obligaciones que les pudieran corresponder, los directores, gerentes y demás funcionarios que ostenten cargos de dirección o de administración en los integrantes del sistema financiero deberán conducir sus negocios, actos y operaciones cumpliendo con los más altos estándares éticos de conducta y actuando con la diligencia debida de un buen comerciante en negocio propio, estando obligados a cumplir y a velar porque en la institución que dirigen o laboran se cumpla con: ...

c) La adopción y actualización de políticas sobre estándares éticos de conducta, manejo de conflictos de interés, uso de información privilegiada, prevención de conductas que puedan implicar la manipulación o abuso del mercado, así como el cumplimiento de principios, reglas o estándares en el manejo de los negocios que establezcan para alcanzar los objetivos corporativos; ...

d) La adopción y actualización de políticas y mecanismos para la gestión de riesgos, debiendo entre otras acciones, identificarlos, evaluarlos, mitigarlos y revelarlos acordes a las mejores prácticas internacionales. En dichas políticas se deberán incluir las medidas que se adoptarán para prevenir posibles incumplimientos a requerimientos regulatorios y las que adoptarán en el evento de que haya incurrido en ellos, debiendo definir en ambas situaciones los parámetros que orientarán la actuación y los responsables de implementarlas; ...

Las políticas y mecanismos a las que hacen referencia los literales c), d) y l) del presente artículo, así como las modificaciones a las mismas, deberán ser hechas del conocimiento de la Superintendencia por los integrantes del sistema financiero en un plazo no mayor a diez días hábiles después de aprobadas.

No obstante, lo anterior, el capítulo que se refiere a infracciones en la LSRSF preserva la figura de tipicidad que impide sancionar a los operadores de la industria por malas calificaciones obtenidas en materia de gestión de riesgo o exigirles aumentos patrimoniales acordes a la exposición de pérdidas por los riesgos reportados.

Ahora bien, con base en la exposición revelada por los bancos a través de sus propias matrices de riesgo, principalmente, y los principios de Basilea, los Bancos definirán su capital “regulatorio”, que en estos momentos no es otra cosa más que el Fondo Patrimonial con que cuenta, ya que todavía no se relaciona tal requerimiento con el riesgo asumido, como se espera que será en el futuro cercano.

De igual manera, se tiene previsto que la SSF revise las políticas de cada entidad y evalúe si el capital constituido es consistente con su exposición al riesgo de crédito, mercado y liquidez, operacional y tecnológico, y de Lavado de Dinero y de Activos y Financiamiento al Terrorismo; hasta la fecha esto no se está realizando. En caso de ser insuficiente, les exigiría capital complementario.

También se tiene contemplado fijar plazos para la constitución de los referidos capitales complementarios e imponerles multas a las entidades que incumplan los plazos; la multa estará relacionada con la gravedad del problema detectado, la reiteración de la conducta y la capacidad económica de la entidad; en otras palabras, se aplicarán los mismos criterios usados, hasta la fecha, para sancionar infracciones normativas por parte de las entidades reguladas, incluyendo a las de la industria previsional.

Por otro lado, para las aseguradoras se maneja la figura de capitales mínimos relacionados, entre otros criterios, con la exposición a los riesgos reportados por las entidades supervisadas; sin embargo -consultando a funcionarios de la SSF-, lo predominante en esta materia, en estos momentos, se relaciona con el cumplimiento normativo.

Para el caso de la industria previsional no se cuenta, todavía, con este tipo de recursos de control y adecuación patrimonial, pero se está tratando de emular lo aplicable a la banca y a la industria del seguro.

En términos generales, la adopción de la SBR se encuentra, aún, en una fase incipiente; no obstante, forma parte de la visión estratégica de la SSF desde hace varios años atrás.

Cabe agregar aquí que, en El Salvador, al igual a lo observado en otras experiencias regionales, tras la integración de entidades de supervisión, la fiscalización basada en riesgo se está extendiendo, de manera natural, de la industria bancaria y de seguros, al resto de entidades fiscalizadas por la superintendencia consolidada.

Esto es lo que ha sucedido, precisamente, con la “industria previsional salvadoreña”, cuyos operadores -AFP, Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos (INPEP), la Unidad de Pensiones del Instituto Salvadoreño del Seguro Social (UPISSS) y el Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada (IPSFA)- han comenzado a trabajar con matrices de riesgo, como parte de las mejores prácticas administrativas.

En esta materia cabe señalar que las AFP, por formar parte de conglomerados financieros internacionales, ya trabajaban bajo la filosofía de gestión de riesgos desde antes del año 2011, acoplándose así a los lineamientos de sus respectivas matrices. Estas administradoras venían trabajando con los lineamientos de COSO.

Se puede afirmar, entonces, que existe un avance distinto en la adopción de esta filosofía de gestión dentro de la industria previsional, donde las AFP superan, incluso, a la SSF en materia de reorganización bajo este enfoque; mientras que el INPEP, la UPISSS y el IPSFA se observan esquemas incipientes de autorregulación mediante formatos propios, ya que los lineamientos de la SSF para la industria financiera en general, están centrados, principalmente, en las entidades bancarias y de seguros.

De igual manera, pero en contraposición a lo recomendado por IOPS, los planes pilotos de implementación se centraron inicialmente en entidades pequeñas y la adopción de matrices de riesgos continúa dependiendo de la coerción, más que de la persuasión hacia los operadores de la industria. En todo caso, no existe normativa o lineamiento alguno para que las operadoras del sistema previsional salvadoreño gestionen los riesgos inherentes a la industria; lo que se ha hecho, hasta la fecha, es únicamente a nivel bancario.

A continuación, se listan las normas emitidas, hasta hoy, en materia de gestión para la industria financiera en general.

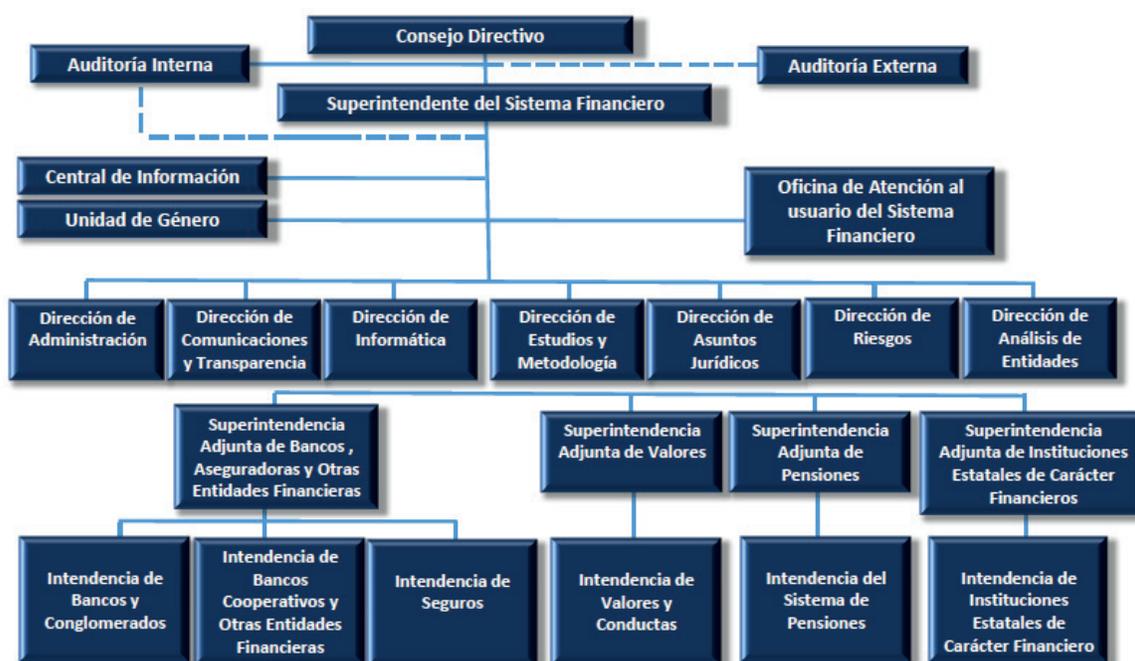
CUADRO 2

NÚMERO	NOMBRE DE LA NORMA	FECHA APROBACIÓN Y CAMBIOS
NPB4-47	NORMAS PARA LA GESTIÓN INTEGRAL DE RIESGOS DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS	Normas aprobadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero, en Sesión No. CD-05/11, de fecha 8 de febrero de dos mil once.  (1) Modificación aprobada por el Comité de Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador, en Sesión No. CN-01/2012, de fecha 13 de enero de dos mil doce.  (2) Modificación aprobada por el Comité de Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador, en Sesión No. CN-04/2012, de fecha 30 de marzo de dos mil doce.
NPB4-49	NORMAS PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO CREDITICIO Y DE CONCENTRACIÓN DE CRÉDITO	Normas aprobadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero, en sesión No. CD-15/11, de fecha 4 de mayo de dos mil once.  (1) Modificaciones Aprobadas por el Comité de Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador, en Sesión No. CN-13/2012, de fecha 14 de diciembre de dos mil doce.
NPB4-50	NORMAS PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO OPERACIONAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS	Normas aprobadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero, en sesión No. CD-22/11, de fecha 29 de junio de 2011.  (1) Modificaciones Aprobadas por el Comité de Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador, en Sesión No. CN-02/2012, de fecha 3 de febrero de 2012.  (2) Modificaciones Aprobadas por el Comité de Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador, en Sesión No. CN-05/2012, de fecha 27 de abril de 2012.
NPR-05	NORMAS TÉCNICAS PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE LIQUIDEZ	Normas aprobadas el Comité de Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador, en Sesión No. CN-09/2012, de fecha 8 de agosto de dos mil doce.  (1) Se amplió el plazo de la remisión de la información para el mes de noviembre 2013 con información al mes de octubre por resolución del Comité de Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador, en Sesión No. CN-11/2013, de fecha 27 de septiembre de dos mil doce.

NPR-08	NORMAS TÉCNICAS PARA LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS, Y DE FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO	Normas aprobadas el Comité de Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador, en Sesión No. CN-14/2013, de fecha 14 de noviembre de dos mil trece.  (1) Modificaciones Aprobadas por el Comité de Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador, en Sesión No. CN-05/2014, de fecha 27 de marzo de 2014.
NPR-11	NORMAS PARA LA GESTIÓN INTEGRAL DE RIESGOS DE LAS ENTIDADES DE LOS MERCADOS BURSÁTILES	Normas aprobadas el Comité de Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador, en Sesión No. CN-12/2015, de fecha 15 de julio de dos mil quince.

Fuente: Banco Central de Reserva de El Salvador.

ESQUEMA 1



Fuente: Superintendencia del Sistema Financiero.

Nota: a través de las fechas de aprobación y modificación de las normas listadas se puede apreciar la transición de competencias, en materia normativa, entre la SSF y el Banco Central de Reserva de El Salvador.

Mediante la revisión de la naturaleza de las normas se puede apreciar cómo se está extendiendo la gestión con base a riesgos de las entidades financieras (Bancos y Compañías de Seguro), al resto de industrias reguladas por la SSF, ya que la NPB4-47 y la NPR-11 se refieren a lo mismo, pero en mercados distintos.

Se puede decir, en todo caso, que las normas emitidas requieren a las entidades supervisadas, identificar los factores de riesgos del área en cuestión, medir el grado de exposición, controlar y mitigar la ocurrencia de actividades asociadas con el riesgo y monitorearlas, comunicando los resultados a la SSF.

Por otro lado, se puede observar que la visión de SBR no tiene un carácter transversal, porque en la SSF se creó una dirección independiente para el tema de riesgos y otra para análisis de entidades; pero la labor de supervisión conserva un enfoque tradicional de fiscalización, por sectores y centrado en el cumplimiento normativo, tal como puede apreciarse en el esquema 1.

No parecen existir relaciones de comunicación fluidas entre la supervisión y los responsables de la gestión de riesgo y el análisis extra situ, a fin de implementar acciones preventivas oportunas, en caso de dispararse algún indicador de alerta temprana que demande de la intervención inmediata del fiscalizador.

Esto último se ha tratado de subsanar mediante reuniones informativas y de coordinación de carácter semanal, presididas por el Superintendente General, con quien se analizan los resultados de la jornada de trabajo anterior y se planifica la siguiente; estas reuniones se han instituido a partir de este año (2015), aunque distan de ser un verdadero mecanismo de gestión del trabajo de la SSF, en el marco de un modelo de SBR.

De hecho, no existe un modelo de SBR totalmente definido aún o que esté completamente estructurado, aunque sí se puede decir que hay diversos avances organizativos, normativos y control extra situ. La labor de la entidad continúa descansando en el trabajo de campo (in situ) y en el cumplimiento normativo.

#### **a) MODELO DE SUPERVISIÓN BASADA EN RIESGO.**

Para el fiscalizador, los modelos de medición de riesgo, el análisis financiero individual y de las variables agregadas del sistema, en general, junto con el seguimiento al riesgo sistémico, conforman los pilares fundamentales que rigen la supervisión del sistema financiero y complementan la evaluación cualitativa de gestión de riesgos que realizan permanente y, a su vez, fortalece la revisión del cumplimiento normativo que tradicionalmente han realizado.

La SSF ha mencionado en algunos eventos de divulgación, que la finalidad de contar con un modelo de SBR gira en torno a disponer de herramientas que faciliten la implementación de medidas preventivas, a partir del análisis oportuno de probabilidad de ocurrencia y magnitud del impacto de eventos inherentes a las actividades realizadas por las instituciones fiscalizadas.

De igual manera se busca la cooperación de los entes regulados, en el sentido de contar con medios de verificación del cumplimiento de las mejores prácticas -en materia de gestión de riesgos- para la industria.

Con el modelo se busca también disponer de mapas de riesgos que reflejen las condiciones reales del mercado y que, por ende, permitan la focalización de los esfuerzos de supervisión hacia las áreas de mayor riesgo para los regulados.

Eventualmente, debería contribuir a identificar la suficiencia patrimonial de las entidades autorizadas a operar en la industria, a partir de su exposición a pérdidas.

Se pretende contar, además, con una herramienta con parámetros objetivos para evaluar la situación financiera de las entidades reguladas.

Al tener indicadores de alerta temprana, la autoridad podría activar medidas precautorias, con mayor objetividad, sin quedar expuesta a recursos por parte de los entes regulados, que impidan con ello anticipar situaciones de crisis.

Facilitaría, de igual modo, la planificación de las labores de supervisión, enfocándose en aquellas instituciones y actividades más vulnerables para la industria.

Durante los últimos tres años se ha trabajado en la determinación de perfiles de riesgo, a través de la evaluación de los riesgos de crédito, mercado y liquidez, operacional y tecnológico, y lavado de dinero y financiamiento al terrorismo en entidades del sistema financiero; generando en forma trimestral Reportes Ejecutivos de Bancos Comerciales, los cuales han servido de insumo para el trabajo de coordinación del Comité de Enlace definido por el Consejo Centroamericano de Superintendentes de Bancos, de Seguros y de Otras Instituciones Financieras.

La SSF sostiene que para realizar los modelos de medición de riesgo con que cuenta ha sido fundamental la información histórica y continua que gestiona la Central de Información de la Superintendencia, tanto de la situación financiera de las entidades como del detalle de las operaciones que se realizan en los diferentes mercados.

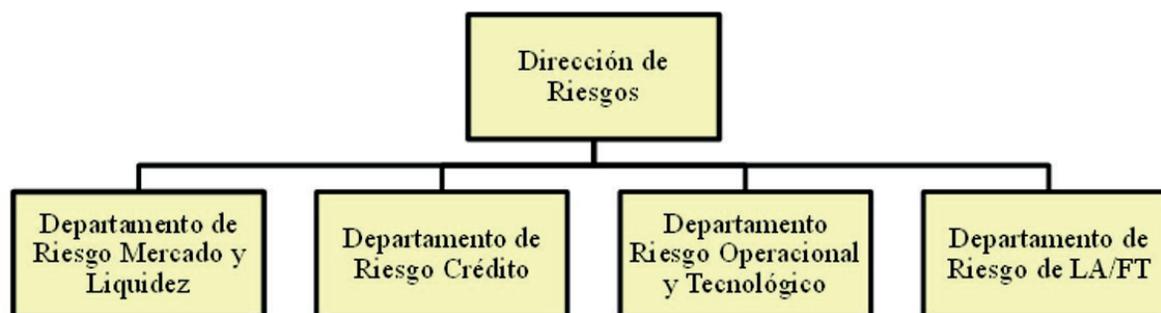
De igual manera, en palabras de funcionarios de la SSF, la labor institucional de fiscalización, desde la perspectiva de la gestión de riesgos, la desarrolló en dos etapas durante el año recién pasado (2014): 1) la evaluación extra-situ, que comprende la determinación del riesgo inherente y acciones de monitoreo a través de las diferentes herramientas y, 2) in-situ, en la que se ejecutó la valoración de la calidad de la gestión de riesgos, con base a las cuales se define el perfil de riesgo de la misma.

Como ya se mencionó antes, dentro de la lógica del modelo de supervisión que nos ocupa, la SSF concluyó en el 2014 una fase importante del programa de pilotos asistidos de Supervisión Basada en Riesgos (SBR) para Bancos, elaborando diagnósticos y evaluaciones de principios para las actividades de: crédito, financieros, operacional y de conglomerado.

Se sostiene que con ello se fortaleció el juicio experto del personal técnico de la SSF, en la materia, que han tratado de ser replicados al resto de personal de la institución mediante capacitaciones internas y externas.

La forma en que se incorporó esta filosofía de trabajo en el ente supervisor, no ha permeado transversalmente, todavía, la labor realizada por cada área de control sectorial de la SSF; con la reforma del 2011, al interior de la SSF se crearon cuatro Superintendencias Adjuntas, a manera de una simple unión del trabajo de supervisión efectuado, hasta ese momento, por cada una de las entidades especializadas (SSF, SP y SV); de ahí que su Dirección de Riesgo apoyó la labor realizada por las Superintendencias Adjuntas en sus respectivas auditorías informáticas, de prevención de lavado de dinero y demás verificaciones relacionadas con la gestión de riesgos.

Por la forma en que está organizada la referida Dirección de Riesgo (Esquema 2), da la impresión que su función es más de apoyo al trabajo de supervisión, que parte integral de un modelo SBR, prueba de ello se presenta, a continuación, un extracto de la Memoria de Labores de la SSF de año anterior (Recuadro 4).ESQUEMA 2



*Fuente: Superintendencia del Sistema Financiero.*

Da la impresión que la función de esta dirección es más que todo de apoyo, que parte integral de un modelo SBR, prueba de ello se presenta a continuación, un extracto de la Memoria de Labores de la SSF de año anterior.

#### RECUADRO 4

Como parte del proceso de fortalecimiento de la Supervisión Basada en Riesgo, la Intendencia de Riesgo desarrolló una capacitación relativa a los riesgos de crédito, mercado y liquidez, operacional y tecnológico, y de Prevención de Lavado de Dinero y de Activos y Financiamiento al Terrorismo; destinados a las Intendencias de Bancos y Conglomerados, Seguros, Instituciones Estatales de Carácter Financiero, del Sistema de Pensiones, y Banco Cooperativos y Otras Entidades Financieras.

Por otra parte, en función del trabajo transversal, se prepararon trimestralmente los Reportes Ejecutivos de los diez Bancos Comerciales de Propiedad Privada, los cuales comprenden información de desempeño financiero, solvencia y crediticia; así como también una actualización del perfil de riesgo de cada una de las entidades.

Si bien es cierto que el último párrafo del recuadro sugiere funciones transversales de supervisión, siguen siendo labores accesorias a las actividades de planificación, ejecución y control de la SSF.

De igual manera, no se ha hecho una divulgación significativa del esquema de supervisión que la SSF está en proceso de adopción, aunque sí ha sido mencionado en diversos eventos donde han participado sus personeros, pero no ha sido el elemento central de sus intervenciones.

Durante el año anterior (2015) se ha comenzado a divulgar las evaluaciones realizadas para cada una de las industrias reguladas, a partir de la información recolectada por la Dirección de Análisis, donde han participado ejecutivos de alto nivel de las entidades reguladas, según el sector correspondiente, es decir, la banca, la industria del seguro, las AFP, las gestoras previsionales públicas que trabajan bajo el esquema de reparto, etc. Dicho sea de paso, la Dirección de Análisis se creó hasta el 2015.

La idea que se tiene en la SSF consiste en realizar este tipo de exposiciones de resultados, así como las tendencias previstas para cada industria, una vez al año; aunque los análisis mostrados son presentados de forma agregada, también disponen de información individual que presentan a las JD de las entidades reguladas.

En este orden de ideas, en la SSF están conscientes que cada institución tiene un perfil de riesgo particular, lo cual los obliga a tener estrategias de supervisión diferentes, según los riesgos de cada institución, del funcionamiento del sistema de administración de riesgos adoptado y, especialmente, de la efectividad de controles utilizados para mitigarlos; de ahí que, en función de ello esperan distribuir mejor la carga de supervisión por tipo de entidad y nicho de mercado.

A pesar de lo anterior, hasta el momento, no se han hecho verdaderas jornadas de capacitación sobre la SBR para otros actores importantes, como son los auditores internos y externos, que forman parte de estos modelos.

Por otro lado, al revisar los gastos ejecutados en materia de capacitación del personal de la SSF se aprecia el compromiso institucional por fortalecer sus capacidades de SBR, ya que se invirtieron más \$100,000, durante el año 2014, en eventos locales de formación en temas relacionados con la gestión de riesgo operativo, de crédito, tecnológicos, de lavado de activos, etc.; además, otros \$150,000 en eventos desarrollados en extranjero, sobre temas de la misma naturaleza.

**b) MODELO DE SUPERVISIÓN INDIRECTA.**

Esta labor in situ ha incorporado algunos requerimientos de información adicional al amparo del enfoque SBR, aunque la gran mayoría de éstos datan desde fechas anteriores a la integración de las superintendencias; lo único que su recepción está concentrada ahora en una sola entidad y bajo la responsabilidad de una unidad que ha sido recientemente reorganizada, pero que data de la época de supervisión especializada en El Salvador (Central de Información) y continúa recolectando información relacionada, esencialmente, con el cumplimiento normativo.

Sólo una parte de la información está vinculada con la SBR y más concretamente, con el manejo de la liquidez, el riesgo crediticio y el control de operaciones de lavado de dinero, a través del sistema bancario.

Para el caso de la información requerida a entidades previsionales, ésta continúa siendo la misma solicitada desde el inicio de operaciones del Sistema de Ahorro para Pensiones (SAP), es decir, desde el año de 1998.

En todo caso, los aspectos adicionales relacionados con el nuevo esquema de supervisión corresponden a la revisión de las políticas y matrices de riesgos solicitadas a las Administradoras de Fondos de Pensiones (CD), básicamente.

En el caso del INPEP y la UPISSS, la labor de supervisión es principalmente de cumplimiento normativo.

Esto último se debe a la naturaleza de las operaciones realizadas actualmente por dichas Instituciones; estas labores están circunscritas a una población pequeña de afiliados, ya que no debemos olvidar que al inicio de operaciones del nuevo sistema, el régimen de reparto se cerró (BD) y la población atendida por las referidas instituciones pasaron a formar parte de un esquema de caja cerrada y el reconocimiento de sus derechos y pago de prestaciones se efectúa, en gran medida, mediante transferencias del Presupuesto General de la Nación.

En tal sentido, el principal riesgo que enfrenta esa población es ajeno a las actividades realizadas por las gestoras de sus beneficios.

Sólo para efectos ilustrativos se presenta cómo está conformada la industria previsional en el país, existiendo regímenes de Contribución Definida y de Beneficio Definido; las primeras cuatro instituciones forman parte del SAP; siendo las dos primeras privadas que administran Fondos de Pensiones; mientras que la tercera y la cuarta conforman un régimen especial del SAP, que administrará BD hasta que fallezca el último de los pensionados a dicho régimen.

La quinta institución que aparece en el cuadro 3, administra regímenes previsionales de BD, pero no forma parte del SAP.

CUADRO 3

INSTITUCIÓN	CONTRIBUCIÓN DEFINIDA (CD)	BENEFICIO DEFINIDO (BD)	
	SISTEMA DE AHO-RRO PARA PENSI-ONES LSAP	SISTEMA DE PEN-SIONES PÚBLICO LSAP	EXCLUIDO DE LSAP
AFP CONFÍA	x		
AFP CRECER	x		
INPEP		x	
UPISSS		x	
IPSFA			x

*Fuente: Elaboración propia.*

La mayoría de actividades extra situ reportadas por la Superintendencia Adjunta de Pensiones están relacionadas con el funcionamiento mismo del sistema previsional, por a la incidencia asumida, desde un principio, por la autoridad de validar la información personal de los afiliados, a manera de tutela extrema a favor de éstos desde que se afilian.

Adicionalmente, ante la ausencia de vendedores de precios independientes, la SSF se encarga de valorar los instrumentos en que están invertidos los Fondos de Pensiones y los informa, diariamente, a las AFP para que valoren los portafolios de inversión constituidos con los ahorros de los trabajadores.

Verifican también el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de inversión e intervienen en el proceso de calificación de invalidez de los partícipes, cuando éstos sufren algún detrimento de sus capacidades para trabajar y solicitan pensiones de invalidez dentro del SAP.

No obstante, lo anterior, estas actividades corresponden a la comprobación de cumplimiento normativo o forman parte del funcionamiento del sistema, creándose así una línea de separación difusa entre supervisión y cogestión del sistema.

### c) MODELO DE SUPERVISIÓN DIRECTA.

La SSF evalúa aquí a la calidad de la gestión de los riesgos de las entidades fiscalizadas; revisan la identificación de riesgos, su medición, el monitoreo y su control.

Parte del trabajo del ente fiscalizador consiste en identificar y sugerir a los fiscalizados, diversos aspectos de mejora relacionados con: la estructura funcional del área de gestión de riesgos, la segregación de funciones, políticas de negocio y la gestión directa de los riesgos, herramientas de medición, monitoreo de los riesgos, y reportes a la Administración Superior, entre otros.

Las observaciones pertinentes son remitidas a las entidades, a través de las áreas de supervisión, para que sean dadas a conocer a su Junta Directiva (JD) y a su vez, se les remita un plan de acciones correctivas debidamente aprobado, con un cronograma de implementación asociado al plazo otorgado por la SSF, el cual queda sujeto a un seguimiento posterior.

En el caso de la Superintendencia Adjunta de Pensiones, la labor in situ pasa por una planificación anual, por entidad y por área, la cual incluye los programas que se van a correr para corroborar el cumplimiento normativo respectivo y la calidad de las políticas de gestión de riesgo correspondiente, a partir de los mapas de riesgo, herramientas e indicadores de control diseñados por las entidades, a efecto de mitigar los riesgos inherentes, en el entendido que están dispuestos a afrontar las pérdidas potenciales asociadas con el riesgo residual.

En la práctica, el trabajo de la SSF continúa respondiendo a un enfoque tradicional, aunque se está en una fase de transición hacia la SBR; las auditorías en el terreno responden a programas bastante parecidos a los de antaño, pero incluyen ahora, el apoyo de personal de la Dirección de Riesgo, quienes se suman al equipo que visita las entidades y emite informes de cumplimiento.

Lo novedoso es que, en la actualidad, los informes de auditoría se discuten con el resto de directores en una especie de Comité Ejecutivo, los días lunes, donde se socializan los resultados del trabajo de campo, incluso con directores administrativos ajenos al sentido finalista de la institución.

En dichas reuniones se examinan los informes con el Superintendente General y se reciben aportes del resto de direcciones para mejorar las recomendaciones a los fiscalizados o ampliar, de ser necesario, el alcance de esta labor de auditoría, sobre la marcha.

## BIBLIOGRAFÍA

ASAMBLEA LEGISLATIVA; Ley de Sociedades de Seguros y su Reglamento; Decreto 844; San Salvador 1996.

ASAMBLEA LEGISLATIVA; Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones; Decreto 926; San Salvador 1996.

ASAMBLEA LEGISLATIVA; Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones; Decreto 927; San Salvador 1996.

ASAMBLEA LEGISLATIVA; Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero; San Salvador 2011.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE SUPERVISORES DE SEGUROS; Principios Básicos de Seguros, 2000.

COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA; Principios de gobierno corporativo para bancos; Julio de 2015.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION; GESTIÓN DE RIESGOS CORPORATIVOS MARCO INTEGRADO - ERM.

CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (IFC); Guía Práctica de Gobierno Corporativo Experiencias del Círculo de Empresas de la Mesa Redonda Latinoamericana; 2010.

ERNEST&YOUNG; la importancia de un buen Gobierno Corporativo; Mayo 2009.

International Organisation of Pension Supervisors (IOPS); BUENAS PRÁCTICAS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL OECD/IOPS, PARA LOS SISTEMAS DE GESTIÓN DE RIESGOS DE FONDOS DE PENSIONES; 2011.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS; Principios de Gobierno Corporativo; 2004.

SORTO RIVAS, Francisco; SISTEMAS DE PENSIONES DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL Y LA EXPERIENCIA DEL IPSFA; ISEADE-FEPADE, San Salvador, 2016.

STIGLITZ, Joseph E.; *Caída Libre, el libre mercado y el hundimiento de la economía mundial*; Editorial Taurus, México, 2010.

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO; *Memoria de Labores 2014*; San Salvador.

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO; *Panorama Financiero*; San Salvador, enero-junio 2015.



*Tulio Ernesto Magaña Magaña es Doctor en Ciencias Humanas, Organizacionales y Sociales de la Universidad del Zulia de Venezuela. Construyó un Modelo de Gestión de Responsabilidad Social Corporativa que Integra el Bienestar Comunitario con la Sostenibilidad Organizacional. Tiene una Maestría Ejecutiva en Administración de Empresas, opción Finanzas en el Instituto Superior de Economía y Administración de Empresas. Es licenciado en Psicología de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas UCA. Es Director de la Empresa Consultora Avance y Desempeño. Se desempeña como consultor en Desarrollo Organizacional y Recursos Humanos, bajo el enfoque de competencias, PNL y Coaching. Es Coach Internacional Certificado por la International Coaching Community de Londres. Sus experiencias de trabajo más sobresalientes son como Director de Recursos Humanos para México, Perú, Centroamérica y El Caribe en TV Azteca y OIRSA.*

*Adicionalmente tiene un post grado en Formación de Formadores con Enfoque de Competencias en el Centro de Formación Internación de la OIT Turín, Italia. Completó un Programa de Relaciones Públicas y Factor Humano en Palencia, ESPAÑA.*

## CAPÍTULO IV

### GOBIERNO CORPORATIVO Y ORGANIZACIONAL

Por Tulio Mañana<sup>1</sup>

La definición de estándares en el gobierno corporativo implica hacer un análisis detallado bajo el enfoque organizacional; es decir, desde la gestión humana y del talento. En tal sentido, la gestión de las personas que conforman la organización constituye la base fundamental del gobierno corporativo.

#### 1. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA

El diseño de la estructura organizacional tiene como finalidad definir, en forma ordenada, concreta y amplia, la relación entre las unidades y áreas organizativas, su ubicación dentro de la Institución, las líneas de autoridad y responsabilidad que siguen para el desarrollo de su trabajo, y sus relaciones internas.

Según Robbins, Stephen (2002), las líneas de la estructura organizativa muestran, en forma gráfica, las relaciones de Autoridad y Dependencia, de cada una de las unidades y áreas organizativas. En tal sentido, ningún Jefe o Gerente respeta la autoridad de otro/a; es decir, no puede girar instrucciones a empleados/as sin comunicarlo o discutirlo con el jefe inmediato de dicho personal.

Es importante mencionar que la estructura organizativa sirve de orientación a los/las empleados/as, para la ejecución sistemática de las actividades que les compete realizar y, a la vez, sirve para la integración e inducción de personal nuevo, lo cual permite encauzar esfuerzos orientados al desempeño adecuado y óptimo de los puestos de trabajo, asegurándose así el correcto desarrollo de todas las tareas asignadas.

Es por ello de suma importancia que todos los miembros que dirigen cada unidad y área organizativa, lo conozcan y apliquen.

El uso de los organigramas ofrece varias ventajas precisas entre las que sobresalen las siguientes:

- Favorece a sus involucrados a aclarar sus ideas.
- Puede apreciarse a simple vista la estructura general y las relaciones de trabajo en la institución.
- Muestra quién se coordina con quién y tiene la particularidad de indicar a los administradores y al personal nuevo la forma como se integra la organización. Indica alguna de las peculiaridades importantes de la estructura de una institución, sus puntos fuertes y débiles.
- Sirve como historia de los cambios, instrumentos de enseñanza y medio de información al público acerca de las relaciones de trabajo de la institución.
- Son apropiados para lograr que los principios de la organización operen.
- Indica a los administradores y al personal nuevo la forma como se integran a la institución.

No obstante, las múltiples ventajas que ofrece el uso de los organigramas, al usarlos no se deben pasar por alto sus principales implicaciones:

- Muestran solamente las relaciones formales de autoridad dejando por fuera muchas relaciones informales significativas y rutas de información.
- No señalan el grado de autoridad disponible a distintos niveles, aunque sería posible construirlo con líneas de diferentes intensidades para indicar diferentes grados de autoridad, aunque para el caso de la Facultad no conviene someterlo a esta forma de medición. Además si se dibujaran las distintas líneas indicativas de relaciones informales y de canales de información, el organigrama se haría tan complejo que perdería su utilidad.
- Con frecuencia indican la organización tal como debería ser o como era, más que como es en realidad. Algunos administradores descuidan actualizarlos, olvidando que la organización es dinámica y permiten que los organigramas se vuelvan obsoletos.
- Puede ocasionar que el personal confunda las relaciones de autoridad con el status.

Algunos principios clave relacionados con el diseño de la estructura organizacional, se relacionan con:

### Departamentalización

Una vez divididos los puestos por medio de la especialización del trabajo, se necesita agruparlos a fin de que se puedan coordinar las tareas comunes. La departamentalización es el proceso que consiste en agrupar tareas o funciones en conjuntos especializados en el cumplimiento de cierto tipo de actividades. Generalmente adopta la forma de gerencias, departamentos y secciones.

De acuerdo a Koontz, H y otros (2014), la calidad de una estructura organizativa depende mucho de la calidad de la departamentalización y de la consecuente delegación de funciones y autoridad para el desarrollo eficiente de las mismas. La departamentalización implica el riesgo de tener que lograr la coordinación entre las unidades definidas.

*Figura 1: ejemplos de departamentalización organizacional*



*Fuente: Koontz, H y otros (2014); Elaboración: Tulio Magaña*

La figura 1 muestra los diferentes tipos de departamentalización:

- Departamentalización funcional: Esta forma de departamentalizar trata de alcanzar economías de escala al colocar a personas con habilidades y orientaciones comunes en unidades comunes.
- Departamentalización por productos: Es usada por organizaciones que fabrican muchos productos o productos muy diferentes.
- Departamentalización por zona geográfica: Suele ser para el marketing. Es más bien geográfica ya que la Departamentalización se efectúa por territorios o regiones de acción.
- Departamentalización por Procesos: Se agrupan las actividades por procesos o actividades, maximizando el aspecto de especialización, es frecuente en el área de fabricación donde separan el trabajo en varios procesos.
- Departamentalización por clientela: Los clientes o usuarios/as de cada departamento tienen una serie común de problemas y necesidades que se pueden satisfacer mejor si se tienen especialistas para cada tipo de clientela.

### **Especialización del Trabajo**

La división de la mano de obra se sustenta en el hecho de que en lugar de que un individuo realice todo el trabajo, este se divide en cierto número de pasos y cada individuo termina uno de los pasos.

### **La Cadena de Mando**

Es una línea continua de autoridad que se extiende desde la cima de la organización hasta el escalón más bajo y define quien informa a quien. Según Stoner, Freeman y Gilbert (2002), la estructura organizativa contesta preguntas de los empleados como: ¿A quién acudo si tengo un problema? Y ¿Ante quién soy responsable?

En la cadena de mando hay dos importantes conceptos: Autoridad y Unidad de Mando. La autoridad se refiere al derecho inherente de una posición administrativa para dar órdenes y esperar que se cumplan y la Unidad de Mando ayuda a preservar el concepto de una línea ininterrumpida de autoridad. Si se rompe la unidad de mando, un/una colaborador/a podría tener que atender a demandas o prioridades conflictivas de varios superiores.

### **Tramos de control de personal**

¿Cuántos trabajadores/as conviene que tenga a su cargo un mismo jefe/a? Justamente a esto se refiere la amplitud del tramo de control: la cantidad de empleados que reportan a un mismo supervisor/a y que éste/a puede controlar de manera eficiente.

En algunas organizaciones, sobre todo en las que se requiere trabajo operativo o de planta, algunos jefes llegan a tener cantidades excesivas de trabajadores a su cargo, dificultando el control y la supervisión. En estos casos los empleados suelen quejarse de que tienen muy poco acceso a su jefe, que no pueden hacerle consultas porque está siempre ocupado o porque está atendiendo a otros de sus compañeros/as. El desempeño sufre porque los supervisores ya no tienen tiempo para proporcionar el liderazgo y apoyo necesarios.

Los números pueden variar, dependiendo de la situación de cada área u organización, pero, en términos generales, se estima que no conviene que una jefatura tenga más de 12 trabajadores/as que realizan labores homogéneas, ni más de 8 cuando las funciones de estos/as sean heterogéneas.

Según Dessler, G (2002), los tramos de control más amplios son más eficaces en términos de costos. Sin embargo, en algún punto los tramos de control más amplios reducen la eficacia. El desempeño sufre porque los supervisores ya no tienen tiempo para proporcionar el liderazgo y apoyo necesarios.

Ventajas de los tramos de control pequeños:

- Son más eficaces
- Los supervisores disponen de tiempo para atender a sus colaboradores directos.
- Se estimula el liderazgo

Desventajas de los tramos de control pequeños:

- Son más caros
- Hacen más compleja la comunicación vertical dentro de la organización
- Estimulan una supervisión demasiado fuerte y desalientan la autonomía.

Conviene que cada organización analice las ventajas y desventajas de los tramos de control cortos. Dentro de las principales ventajas está el hecho de que se tiene más control del personal, el contacto es más directo y se favorece la consolidación de la relación entre jefe y colaborador. La principal desventaja es que son más caros porque se requieren más jefaturas a cargo de la gente, los organigramas se vuelven más verticales. Por otra parte, la comunicación puede volverse más compleja y burocrática, además de que se estimula una supervisión demasiado fuerte y podría desalentarse la autonomía.

Aún con estas limitantes, es conveniente buscar mecanismos para generar tramos de control cortos. Las desventajas relacionadas con el costo y la verticalidad de las estructuras organizativas pueden solventarse haciendo uso de equipos auto-dirigidos, en los que se crean cargos de supervisión que se rotan semanal o quincenal entre los colaboradores. Esta medida no genera incremento en el costo de planilla ni incremento en los niveles jerárquicos; más bien estimula el ejercicio del liderazgo y el intercambio de información entre relevos.

Las desventajas relacionadas con la burocracia de la comunicación y la disminución de la autonomía, pueden solucionarse con estilos gerenciales orientados al liderazgo situacional y al empoderamiento, complementándolo con la generación y creación de procedimientos que aseguren la agilidad y la efectividad de sus procesos.

### **Centralización y Descentralización**

La centralización se refiere al grado hasta el cual la toma de decisiones se concentra en un solo punto de la organización. La Descentralización se da cuando hay aportes de personal de nivel inferior o se le da realmente la oportunidad de ejercer su discrecionalidad en la toma de decisiones. En una organización descentralizada se pueden tomar acciones con mayor rapidez para resolver problemas, más personas contribuyen con información.

### **Formalización**

Se refiere al grado en que están estandarizados los puestos dentro de la organización. Si un puesto está muy formalizado, entonces sus ocupantes tienen una mínima posibilidad de ejercer su discrecionalidad sobre qué se debe hacer, cuándo se debe hacer y cómo se debe hacer.

Cuando la Formalización es baja, el comportamiento en el puesto no está programado relativamente y los empleados tienen mucha libertad para ejercer su discrecionalidad en su trabajo.

*Figura 2: ejemplo de organigrama genérico*



*Fuente: Elaboración propia.*

En la figura 2 se muestran los niveles estándares de jerarquía en un organigrama bajo el modelo mecánico.

Los siguientes principios o elementos pueden ser tomados en consideración para el establecimiento de toda organización:

- Toda organización se establece con un objetivo previamente definido y entendido, incluyendo las divisiones o funciones que sean básicas al mismo tiempo: para que una organización sea eficaz, requiere que sus objetivos sean claros y la consecución de los mismos esté apoyada por un plan de organización que mantenga las políticas para llevar a cabo la acción.
- La responsabilidad siempre va acompañada por la autoridad correspondiente: la autoridad no se puede concebir separada de las responsabilidades, es decir, esta debe ser comprendida por la persona que la ejerza y por los demás miembros de la organización.
- La delegación de la autoridad es descendente para su actuación: de acuerdo con el sistema de organización que se establezca, la autoridad debe darse de un nivel superior a otro. La falta de una apropiada delineación de autoridad produce demora, mala comunicación, falta de control administrativo y sobre todo fuga de responsabilidad.
- La división del trabajo adecuado evita duplicidad de funciones: una lista de todas las funciones que se desarrollan en la Organización sirve de guía para asignarlas a áreas o divisiones específicas, estableciendo y determinando como entidades separadas el menor número de funciones en que pueda ser dividido el trabajo.
- Cada empleado es responsable ante una sola persona, exceptuando el sistema matricial: si no se respeta el principio básico de la “unidad de mando” es imposible establecer responsabilidades. Es necesario diferenciar ante quién se es responsable y las cosas por las que se es responsable.

- La Estructura Organizativa debe ser lo más sencilla posible: cada estructura debe ser analizada con el objeto de asegurarse que esta resulte práctica, desde el punto de vista de costos. Si la misma implica costos elevados, la organización tendrá que ser modificada.
- Para agrupar y ordenar las casillas en los organigramas, principalmente en el caso del modelo mecánico, debe considerarse, además de la jerarquía o líneas de mando, la cercanía del puesto con la autoridad general y el involucramiento y apoyo que brinda hacia el resto de las áreas funcionales.

Por ello, este tipo de organigramas tiene dos secciones:

- Áreas Staff: Ubicadas inmediatamente debajo de la Autoridad General debido a que brindan servicio a toda la Área organizativa además de reportar directamente al gerente/jefe/director.
- Áreas de línea: Corresponden a las áreas operativas, administrativas y de gestión.

En tal sentido, al interior de cada una de estas secciones, las casillas se ordenan y agrupan según la jerarquía correspondiente.

Este mismo criterio de ubicación por secciones aplica para las estructuras de las sub-áreas o departamentos. Las funciones de secretarías y ordenanzas se colocan debajo de la jefatura o gerencia.

## 2. GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS

Durante muchos años, el diseño estructural de las organizaciones, no había evolucionado con relación a los requerimientos del enfoque organizacional. Se define ahora un nuevo concepto de estructura organizativa que considera que toda organización se puede concebir como una red de procesos interrelacionados o interconectados, a la cual se puede aplicar un modelo de gestión denominado Gestión basada en los Procesos (GBP).

Bajo este enfoque, la estructura organizativa vertical clásica, eficiente a nivel de Funciones, se orienta hacia estructuras de tipo horizontal, en las cuales no hay contraposición entre modelos, y que cada organización debe buscar su equilibrio en función de sus propias necesidades y posibilidades.

Así el modelo de Gestión basada en los Procesos, se orienta a desarrollar la misión de la organización, mediante la satisfacción de las expectativas de sus stakeholders –clientes, proveedores, accionistas, empleados, sociedad, y a qué hace la organización para satisfacerlos, en lugar de centrarse en aspectos estructurales como cuál es su cadena de mandos y la función de cada departamento.

Según Zaratiegui, JR. (2000), muchas organizaciones líderes han aplicado el cambio organizativo, individualizando sus procesos, eligiendo sus procesos relevantes analizándolos y mejorándolos y finalmente utilizando este enfoque para transformar sus organizaciones.

Los procesos:

Podemos definir un proceso con un conjunto de actividades realizadas por un individuo o grupo de individuos cuyo objetivo es transformar entradas en salidas que serán útiles para un cliente o usuario final.

Figura 3: Descripción del proceso



La figura 3 describe, de manera general, la secuencia que dirige todo proceso organizacional.

### Mapa de procesos:

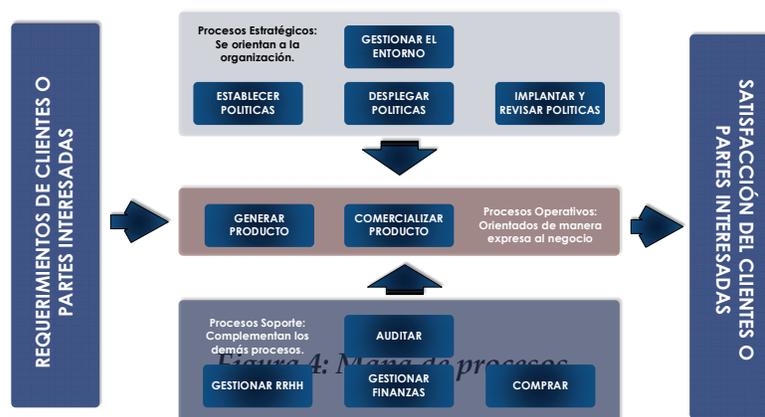
El mapa de procesos es la forma sintética donde se puede resumir los procesos organizacionales, los cuales son clasificados en tres tipos que son:

**Estratégicos:** Procesos destinados a definir y controlar las metas de la organización, sus políticas y estrategias. Estos procesos son gestionados directamente por la alta dirección en conjunto.

**Operativos:** Procesos destinados a llevar a cabo las acciones que permiten desarrollar las políticas y estrategias definidas para la organización para dar servicio a los clientes. De estos procesos se encargan los directores funcionales, que deben contar con la cooperación de los otros directores y de sus equipos humanos.

**De apoyo:** Procesos no directamente ligados a las acciones de desarrollo de las políticas, pero cuyo rendimiento influye directamente en el nivel de los procesos operativos.

Figura 4: Mapa de procesos



Fuente: Elaboración propia.

La figura 4 muestra el mapa de procesos genérico de cualquier organización. El modelo de gestión por procesos constituye para muchas organizaciones la base de su gestión estratégica y en la actualidad es considerado un modelo efectivo de gestión organizacional. Por esa razón, Camisón C., (2006) plantea que las organizaciones deben de ser flexibles y adaptar sus modelos organizacionales al enfoque de procesos para ser coherentes con los frecuentes cambios de sus entornos y el mercado de su sector.

## 2.1 REGLAMENTO INTERNO

El reglamento interno de trabajo, tiene como objetivo establecer con claridad las reglas obligatorias de orden técnico o administrativo que establece las condiciones obligatorias a que debe de sujetarse la Organización.

La Organización puede designar Directores/as, Gerentes/as, Jefes/as, Superiores y otras personas que ejerzan funciones de dirección para que colaboren con la administración directa, asignándoles las obligaciones que estime convenientes y encargándoles la vigilancia, a fin de que los/las trabajadores/as de la Organización cumplan todas las órdenes, instrucciones, recomendaciones, normas de seguridad, calidad y Disciplinarias dictadas por la Organización en lo relativo a la ejecución y desarrollo del trabajo.

El/La presidente/a, Directores/as, Gerentes/as, Administradores/as, Jefes/as y Superiores/as en general, tendrán la calidad de representantes de la Organización, siendo personal de confianza, y como tales, ejercen actos de administración en nombre de ésta en las relaciones que tenga con los/las trabajadores/as.

El/la trabajador/a es responsable ante la Organización del estricto cumplimiento de sus deberes y Obligaciones; en caso de incumplimiento, quedarán sujetos a las sanciones correspondientes, sin perjuicio de que dicha responsabilidad sea compartida con los respectivos Jefes/as y Superiores/as, ya que estos son precisamente los/as encargados/as de exigir estos cumplimientos.

Los departamentos, Oficinas, Agencias o Sucursales pueden ser fusionados, ampliados, reducidos o suprimidos, de acuerdo a las necesidades de la Organización, así como también el personal de ellos, previo al cumplimiento del procedimiento legal correspondiente de conformidad con la Ley.

## 2.2 DESCRIPCIÓN DE CARGOS

Cuando se trabaja la gestión organizacional bajo el modelo de competencias, el Manual de descripción de cargos se realiza mediante el enfoque de Análisis Funcional y bajo la metodología del Mapa Funcional. Este procedimiento permite identificar las competencias requeridas por la Institución a través de una estrategia deductiva.

La competencia puede definirse, como la combinación de conocimientos, habilidades y actitudes, que una persona pone en juego en el desempeño de una función productiva. El proceso de identificación de competencias se lleva a cabo con el objetivo de determinar las competencias que los/as empleados/as movilizan para lograr los objetivos y resultados que concurren en la generación de un producto o servicio, llevando a cabo la identificación por medio de un proceso participativo que integre los aportes de actores clave y tomando en cuenta las realidades del mundo del trabajo y de la formación.

El proceso se desarrolla con un grupo de expertos de la actividad laboral y se inicia estableciendo el propósito clave de la función productiva a abordar; preguntándose sucesivamente qué funciones hay que llevar a cabo para permitir que la función precedentemente identifica-

da se logre. Es esencial en este proceso, conservar la relación entre las funciones y el propósito clave para mantener la coherencia en el análisis. La desagregación sucesiva de funciones culmina con la identificación de funciones simples, realizables por una persona (elementos de competencia).

Se debe destacar que algunas actividades no alcanzan a clasificarse como competencias: elaborar cartas, redactar informes, etc. que más bien son pasos para cumplir con resultados mayores: administrar documentación de oficina, difundir resultados de evaluación organizacional, etc.

Con el propósito de que esta herramienta se actualice conforme al desarrollo que experimente la estructura organizativa de la organización y que se convierta en un documento que regule y oriente de forma constante a los/las Directivos/as, Jefes, Gerente/as, Coordinadores/as y Colaboradores/as de la institución, se presentan a continuación algunas indicaciones para su revisión periódica:

- **Revisión y Actualización:** Al modificarse la estructura interna de cualquier Unidad/Departamento/Gerencia/Área Organizativa, la Autoridad respectiva, mediante los niveles de mando correspondientes, es quien solicitará el estudio y revisión al área de Gestión Humana con aprobación del Consejo Directivo.
- **Cambios:** Se realiza por medio de transcripciones de los acuerdos del Consejo Directivo relacionados a los cambios, con copia a miembros de Consejo Directivo y Autoridad respectiva y mediante publicación en el portal de Acceso a la Información de la Institución.
- **Comunicación de Cambios:** La Autoridad de cada Dependencia es responsable de brindar la información a todos los involucrados/as.

### **2.3 PROCESO DE RECLUTAMIENTO, SELECCIÓN, CONTRATACIÓN E INDUCCIÓN DEL TALENTO**

Los objetivos del proceso de selección son:

- a. Obtener a los mejores candidatos en un tiempo definido; asegurando el más alto grado de eficiencia, competencia e integridad.
- b. Poder integrar al personal de forma adecuada a su puesto y a los principios y valores para el desarrollo de sus actividades, a través de un proceso de inducción que permita la sinergia entre Institución y el/la empleado/a.

El área de Gestión Humana es la responsable de facilitar los lineamientos e información interna y externa sobre las diferentes vacantes existentes dentro de la Organización.

Al darse una vacante en la Organización, se considera en primera instancia, publicarla internamente.

El personal interno que esté interesado en concursar debe cumplir lo siguiente:

- Contar con el visto bueno del superior inmediato.
- Cumplir con el perfil del puesto y las competencias requeridas.
- Haberse desempeñado en el puesto actual como mínimo durante medio año.
- Tener una evaluación del desempeño con una calificación por encima del 75%.

Los requisitos mínimos para participar en un proceso de reclutamiento y selección para personas externas a la Institución son:

- Encontrarse en el pleno ejercicio de sus deberes y derechos civiles;
- Tener bajo respaldo solvencia de antecedentes penales, jurídicos y de impuestos de su país respectivo (en caso de extranjeros) para aplicar a una de las plazas disponibles.

Con el fin de asegurar que la contratación del personal esté libre de influencias afectivas, no pueden aplicar a ningún puesto las personas que tengan parentesco hasta;

- tercer grado de consanguinidad (abuelos, padres, hijos, hermanos, tíos, sobrinos, primos y nietos) y
- segundo grado de afinidad (cónyuge, yerno, nuera, cuñado (a), suegro (a), hermanos políticos); de unión libre (personas que mantienen una relación afectiva y que comparten domicilio, y los respectivos parientes consanguíneos); y todas aquellas relaciones que se deriven de estos parentescos, en todos los grados mencionados, con el personal actual de la Organización.

Los contratos de trabajo que celebra la organización con su personal pueden ser de tres modalidades:

- Contrato de trabajo Permanente. Este contrato tiene fechas indefinidas de vigencia y se aplica cuando el personal desempeña funciones de carácter administrativo, técnico u operativo que contribuyen con su labor directamente al buen funcionamiento básico y desarrollo de la Secretaría, estos contratos se rigen por contratos de tipo permanentes y son financiados con fondos ordinarios, este tipo de contratos requieren una requisición de personal y de la emisión de una acción de personal.
- Contrato de prestación de servicios profesionales o técnicos a plazo temporal. Este contrato tiene fechas definidas de vigencia (Periodo máximo de un año), es asignado a alguna área o proyecto específico, es requerido para cubrir alguna incapacidad temporal o se necesite cubrir alguna vacante temporal. El contrato puede renovarse o prorrogarse por mutuo consentimiento entre los contratantes, en cuyo caso es la máxima autoridad de la Organización en su rol de representante legal de la Organización. Este tipo de contrato necesita de una requisición de personal.
- El contrato de obra determinada, es el que se elabora para la realización de una obra o la prestación de un servicio determinado, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la Institución y su ejecución, este tipo de contrato por estar sujeto a brindar un bien o un producto, no contiene prestaciones laborales.

De acuerdo al Artículo 28 del Código del Trabajo salvadoreño, el período de prueba no puede exceder los 30 días para los contratos de duración indefinida. Durante este período, cualquiera de las partes podrá rescindir el contrato sin causa.

Después del período de prueba, la confirmación del respectivo contrato es solicitada por la Dirección interesada al Área de Gestión Humana.

- Finalización de contrato: En caso de que el/la empleado/a contratado/a no satisfaga el periodo de prueba, se da por cancelado el contrato, sin ninguna responsabilidad para la

Organización. Es responsabilidad del/la jefe/a inmediato superior, notificar a la autoridad superior sobre esta decisión para su aval y posterior firma de notificación.

- De no poderse llenar la vacante y en especial aquellas posiciones de carácter ejecutivo, se procede a realizar un Concurso Internacional con preferencia en la región Centroamericana mediante la publicación en los medios de comunicación Institucionales (página web) o medios públicos del respectivo país en al menos un medio de comunicación social en cada país miembro.

### 2.3.1 EL RECLUTAMIENTO Y LA SELECCIÓN DE PERSONAL

#### a) Procedimiento de reclutamiento

Se entiende por reclutamiento cualquier mecanismo por medio del cual se obtienen de forma masiva las hojas de vida de candidatos a ocupar un determinado cargo en la Organización.

La identificación de una vacante se puede dar de dos formas: Surge la necesidad en cualquier área de la Organización debido a:

- Cuando la posición no existe: en este caso la solicitud formal del cargo inicia cuando un Superior ve la necesidad de una posición que aportaría valor al desarrollo de la Organización y la misma no se encuentra dentro de la estructura organizacional de la Institución, en cuyo caso somete a consideración de la máxima autoridad de la Organización la creación de dicha posición, elaborando la propuesta y el perfil en base al formato de Descripción del Puesto. La posición es llenada una vez la solicitud sea formalmente aprobada por la Secretaría General y creada en la estructura organizacional.
- Si el cargo ya existe, pero por alguna razón el cargo se encuentra vacante, se inicia el proceso de reclutamiento y selección para su posterior contratación para ocupar el cargo solicitado por cualquier área de la Organización. Este proceso también es autorizado por el/la Secretario/a General, con el Vo.Bo. de la Dirección de Servicios de Apoyo, donde se valida la existencia de fondos para cubrir el puesto.

#### Solicitud de Requisición de personal

Se realizan los trámites correspondientes para la publicación de la oferta de trabajo en la página web de la Organización, la cual puede ser a nivel interno y/o externo, el Área de Gestión Humana tiene ocho días hábiles para la identificación de candidatos internamente y/o por manifestación de interés de los/las colaboradores/as de la Organización.

Cuando no haya candidatos internos adecuados, el Área de Gestión Humana publicará la vacante externamente por lo menos durante una semana en internet a través de la página Web de la Organización.

(Toda contratación de gobierno, excepto en los cargos clave o políticos de representación, se hace en un solo portal web (STPP) para centralizar las necesidades y ofertas de personal y garantizar la transparencia del proceso)

#### Obtención de hojas de vida.

El área de Gestión Humana inicia el proceso de Reclutamiento a través de cualquiera de los siguientes mecanismos:

- Banco de Datos
- Contacto con Centros Educativos

- Contacto con Organizaciones promotoras de empleo y Bolsas de Trabajo
- Contacto con áreas de Gestión Humana de otras Organizaciones o Instituciones.
- Página web de la Organización
- Anuncios en el periódico

A la obtención de las hojas de vida, el Área de Gestión Humana recopila, pre-selecciona y clasifica las hojas de vida que se apeguen al perfil y elabora una tabla de criterios que contengan los aspectos a evaluar de conformidad a las Competencias que demanda el perfil de la persona a contratar. Se espera que sea un máximo de 7 los escogidos en esta fase del proceso.

El área de Gestión Humana conforma un comité para analizar, evaluar y seleccionar a los potenciales candidatos para convocarlos a entrevista.

Para la conformación de dicho comité se consideran los siguientes aspectos:

- El Comité está conformado por un presidente y un/a secretario/a que no tienen voz ni voto, únicamente dirigen el proceso de contratación, tres evaluadores que tienen voz y voto; y Tres observadores uno el/la Auditor/a Interno, Jefe/a de la Unidad Interesada de la plaza y El/la Jefe/a del Área de Gestión Humana, que tienen voz pero no voto, le dan validez al proceso.
- El/la directora/a de Servicios de Apoyo y el/la Jefe/a del Departamento de Finanzas pueden formar parte del comité sin voz ni voto, por estar vinculados a la parte financiera y económica de la Institución. Si el puesto es requerido por la Dirección de Servicios de Apoyo o por el Departamento de Finanzas, participarían en el proceso según lo establecido en el punto anterior como parte de la unidad interesada en la plaza.
- Con el fin de estar preparado para llevar a cabo las funciones del Comité de Selección, cada integrante del mismo se familiariza con los requisitos del puesto a ser llenado y con los candidatos para el puesto a través de una revisión de los archivos, con la documentación que ha sido entregada por el Área de Gestión Humana. Si se considera necesario, los integrantes del Comité de Selección pueden solicitar información y/o documentación adicional al área de Gestión Humana.
- El Comité de Selección es responsable de utilizar y aplicar un proceso relevante, consistente y justo para la evaluación y distinción significativa entre los y las candidatos, con el objetivo de que la persona seleccionada satisfaga las necesidades del puesto.
- El Comité levanta acta para informar a la Secretaria General formalmente quien fue la persona seleccionada. Así mismo se compromete a mencionar en el acta la persona que ocupó el segundo lugar en el proceso, en caso la persona seleccionada no pueda asumir el cargo.
- El Comité de Selección no es convocado a menos que existan por lo menos tres (3) candidatos para el puesto. Si el número mínimo no se completa, el puesto es anunciado nuevamente. Si a partir de la segunda convocatoria no se completa la cantidad mínima de candidatos, se continua con el proceso con el/los participantes disponibles.

#### b) procedimiento de selección

Convocatoria: El área de Gestión Humana convoca a los candidatos.

Oferta de Servicios: Los candidatos de la preselección curricular llenan una Oferta de Servicios.

Se entrevista a los candidatos preseleccionados. Los puntos establecidos a tratar durante ésta son:

- Exploración de requisitos generales
- Pretensiones salariales vs. oferta salarial
- Exploración de experiencia laboral
- Exploración de ambiente socio familiar
- Exploración de rasgos de carácter y personalidad

Si, durante la entrevista, el área de Gestión Humana considera que el candidato puede pasar a la siguiente fase, le indica lo siguiente:

Si el área de Gestión Humana considera que no califica, le agradece su participación y le indica que, si no fuere elegido, su información queda en el banco de datos de la Organización.

El área de Gestión Humana, envía una carta de agradecimiento a las personas finalistas que participaron en el proceso de selección.

**Aplicación de pruebas:** El área de Gestión Humana o un delegado aplica pruebas psicométricas y/o Técnicas a los candidatos correspondientes a cada puesto.

**Interpretación de los resultados** el área de Gestión Humana califica las pruebas según las plantillas de corrección. Como resultado de esta evaluación surgen entre 3 y 5 candidatos seleccionados.

De ser satisfactorios los resultados de las pruebas, se procede a la verificación de referencias de los expedientes pre-seleccionados.

El área de Gestión Humana elabora un informe que contiene el resultado de las entrevistas y de la evaluación psicológica de los 3 o 5 candidatos seleccionados, para posteriormente enviar ese archivo al comité de evaluación para su análisis y conocimiento del candidato en la entrevista de Pre- Selección.

El Comité entrevista al solicitante y se enfoca en esclarecer temas de personalidad tales como inteligencia emocional, capacidad para trabajar bajo presión, liderazgo y todos aquellos que estén directamente relacionados con la posición a ocupar.

Conjuntamente el Área de Gestión Humana y el Comité elige tres candidatos, de conformidad a la evaluación realizada, en ese sentido son las tres calificaciones más altas.

### 2.3.2 PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

Entrevista de Ingreso: el área de Gestión Humana realiza una entrevista de contratación en la cual se abordan los siguientes puntos:

- Documentos que el/la empleado/a tiene que presentar
- Completar Registro de Beneficiarios
- Completar Formulario de Inscripción al Seguro Médico.
- Salario definitivo y compensaciones (Ver Salarios y Beneficios)
- Fecha de inicio de labores.
- Indicar que el horario establecido en el contrato puede variar en turnos pero no en cantidad de horas.

- Descripción de las funciones principales de acuerdo al perfil del puesto.
- Establecer compromisos con el inventario, activo temporal e instrumentos de Trabajo.
- Fijar fecha de Inducción y entrenamiento.
- Inducción: fechas, horarios, objetivo, etc.

El área de Gestión Humana elabora el contrato, según formato propuesto por el área jurídica, el cual contiene los siguientes elementos:

- Nombres y apellidos completos, fecha de nacimiento, edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio y número de documento de identificación, licencia de conducir cuando necesario, tanto del contratante como del personal que suscribe el contrato;
- Duración del contrato y fecha de inicio y de finalización cuando corresponda;
- Clasificación del cargo
- Título, naturaleza y así como el nombre de la unidad organizacional a la que pertenece;
- Constancia de constitución en el caso de contratos de obra determinada
- Constancia de registro mercantil, cuando necesario
- Constancia de representante legal
- Constancia de inscripción en la SAT
- Resultado pruebas psicométricas
- Sueldo y/o Honorarios;
- Jornada laboral;
- Descripción de funciones y responsabilidades
- Otras prestaciones
- La manifestación de que el trabajador queda sujeto al Reglamento de Personal, Manual de Gestión Humana y cualquier otra normativa de la institución.
- Cualesquiera otras condiciones que sean aceptables por las partes

### 2.3.3 PROCEDIMIENTO DE INDUCCIÓN DEL PERSONAL CONTRATADO

Presentación del/la empleado/a al personal de la Organización Es responsabilidad del Área de Gestión Humana presentar al nuevo empleado/a por vía electrónica y personalmente en todas las áreas de las instalaciones donde se le ubique. En este proceso el/la jefe/a inmediato participara junto con El área de Gestión Humana.

Antes del primer día de labores, el Superior preparara un plan de trabajo, plan de inducción", para el período de prueba, enviar copia del plan al área de Gestión Humana.

La Organización, cumple con el proceso de inducción el primer día de labores de cada personal. El área de Gestión Humana presenta a la persona ingresada, los detalles sobre:

- las funciones de la Organización

- Los enunciados de visión, misión y valores de la Organización;
- Código de ética y conducta
- El Manual de Gestión Interna, con la estructura orgánica, las normas y reglas existentes, etc.
- El Superior entrega una copia de la Descripción del Puesto a la persona ingresada y explicara cuales son los objetivos, responsabilidades, funciones, mecanismos de comunicación y su plan de trabajo, etc.

## 2.4 PROCESO DE EVALUACIÓN DEL RENDIMIENTO

### Objetivo general

El objetivo del proceso de evaluación de desempeño es que el personal realice con excelencia sus funciones y vincule los objetivos su puesto de trabajo con la estrategia de la Institución; al ser evaluado anualmente en su desempeño laboral y recibir retroalimentación acerca de sus fortalezas y áreas de oportunidad; ser considerado para ocupar puestos de mayor jerarquía, obtener un aumento de sueldo u otro beneficio que establezca la Institución.

### Objetivos específicos

Mejorar el desempeño: La evaluación permite que los/las empleados/as se concentren en las habilidades y competencias específicas que son mejoradas.

Tomar decisiones de ubicación organizacional: La Evaluación del Desempeño ofrece información **útil** para *generar* disposiciones más objetivas en lo relacionado a la toma de decisiones en cuanto al desarrollo organizacional, capacitaciones, plan de carrera, traslados ascensos, despidos.

Identificar necesidades de formación y desarrollo: La evaluación indica las áreas a reforzar mediante capacitaciones. Este es un procedimiento clave en el proceso de planeación de carrera pues ofrece una oportunidad valiosa para revisar objetivamente las fortalezas y debilidades manifiestas en el/la trabajador/a y jefes/as.

Mejorar las relaciones con el personal: La discusión de los resultados facilita un intercambio de ideas que, al ser evaluadas objetivamente, favorecen la calidad de la relación entre los/las empleados/as, compañeros/as de trabajo y el entorno.

Retroalimentar y motivar a los/las empleados/as: El sistema facilita la retroalimentación entre empleados/as, en un clima de confianza y objetividad, produce altos estándares de excelencia y rendimiento profesional. Se estimula a las jefaturas para que reconozcan los esfuerzos e iniciativas de sus colaboradores/as. Esto fomenta, además, la motivación y comunicación en el personal, y genera una responsabilidad compartida de una mejor ejecución.

Ambiente Organizacional: Contribuir al mejoramiento del clima organizacional, facilitando la adecuada comunicación entre Jefes/as y Colaboradores/as.

Desarrollo personal: Estimular en el/la empleado/a el afán de superación, al darle a conocer sus fortalezas, así como las áreas de mejora y ofrecerle la posibilidad de mejorar sus competencias

Para incidir en este proceso, los/las jefes/as establecen lineamientos, responsabilidades y asignaciones claras y totalmente asociadas con los objetivos de la Institución y/o dependencia y/o área, de manera que los/las colaboradores/as puedan aportar sus habilidades, talento, creatividad y energía.

## 2.4.1 COMPETENCIAS DE EVALUACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN

Figura 5 Competencias mayormente requeridas.

COMPETENCIA	DEFINICIÓN
1. ORIENTACIÓN A RESULTADOS	El colaborador cumple oportunamente las metas y propósitos establecidos en su puesto de trabajo.
2. ORIENTACIÓN AL USUARIO INTERNO Y EXTERNO	El colaborador se interesa por detectar las necesidades y dificultades del usuario (interno o externo) y las atiende con prontitud y amabilidad.
3. CALIDAD DE TRABAJO	El colaborador es eficaz y eficiente (en cuanto a tiempo y recursos) en la realización de su trabajo.
4. COOPERACIÓN	El colaborador contribuye a su equipo de trabajo tanto cumpliendo con las atribuciones de su puesto como colaborando en otras tareas del área.
5. DISPOSICIÓN AL CAMBIO Y AL APRENDIZAJE	El colaborador se adapta fácilmente a los cambios en el trabajo y además muestra interés por mejorar continuamente sus conocimientos y habilidades.
6. CREATIVIDAD E INICIATIVA	El colaborador identifica necesidades u obstáculos anticipadamente y genera soluciones novedosas para resolverlos, a beneficio del equipo de trabajo.
7. DISCIPLINA	El colaborador cumple el reglamento, las disposiciones de la institución (Ej. horarios, políticas, instrucciones de superiores, normas de presentación personal) y las normas generales de convivencia social (Ej. autocontrol ante situaciones de estrés, decoro, etc.).
8. INTEGRIDAD	El colaborador ha demostrado ser una persona confiable y leal a la institución, utilizando correctamente la información confidencial y/o administrando de forma transparente los bienes y valores de la organización
9. ORGANIZACIÓN	El colaborador planifica, organiza, controla y prioriza de forma correcta su trabajo de acuerdo con los objetivos y metas de su puesto.
10. COMUNICACIÓN	El colaborador comprende correctamente los mensajes que le son transmitidos y se expresa de forma clara, lógica y concisa en sus comunicaciones verbales y escritas.
11. RELACIONES HUMANAS	El colaborador mantiene buenas relaciones interpersonales con sus compañeros/as de trabajo y sus superiores.
13. AUTONOMÍA	El colaborador realiza su trabajo adecuadamente sin necesidad de supervisiones o correcciones constantes.
14. LIDERAZGO	El colaborador orienta e inspira a sus compañeros/as, a través de la escucha, la animación y el ejemplo.
15. TENACIDAD	El colaborador es perseverante. No se da por vencido fácilmente. Cuando se le dificulta el logro de un objetivo, busca otras alternativas hasta alcanzarlo.

La figura 5 muestra las competencias que con mayor frecuencia se evalúan en las organizaciones.

Según las necesidades y requerimientos Institucionales se pueden hacer un análisis de si se obvian las competencias anteriores o si se consideraran otras competencias como parte del proceso de evaluación del desempeño de los/las empleados/as.

#### 2.4.2 PREMISAS DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

A continuación, se señalan las principales premisas de la Evaluación del Desempeño utilizada por la Secretaría:

##### Énfasis en la Formación

Aún con la importancia de calificar el desempeño de los/las empleados/as, más que la calificación, el énfasis está en la formación. Parte esencial de este proceso inicia cuando:

- Se determinan los aspectos deficientes que requieren atención.
- Se establecen metas con razonables posibilidades de éxito.
- Se identifican las formas de apoyo requeridas (formación, asesoría, etc.).
- Se fijan compromisos de esfuerzo personal.
- Se traza un oportuno plan de seguimiento.
- Se reconocen los logros, aciertos y contribuciones.

Estas condiciones permiten al/la empleado/a acceder a oportunidades de desarrollo acordes con sus capacidades y potencial.

##### Énfasis en la persona

El desempeño de toda persona es determinado por un gran conjunto de variables (rasgos de personalidad, capacidades, motivaciones, actitudes, habilidades, valores, etc.) que entran en juego con las condiciones externas al sujeto: Por ello, las mejoras que se logran en su manera de ser, de trabajar y de relacionarse, le facilitan el tener mayor seguridad en sí mismo, crecer como persona integral y dispuesta a utilizar sus propios recursos internos y su experiencia.

##### Énfasis en la relación supervisor – evaluando

Un buen jefe/a es aquel que es capaz de devolver mejores individuos que los que recibió. En ese sentido, el supervisor logra que el trabajador adquiera conciencia de sus alcances y limitaciones, que proponga alternativas y participe activamente en la toma de decisiones del cambio, ofrece apoyo para la superación de las dificultades, logra que el trabajador vea que su esfuerzo de superación es compartido y que se sienta comprometido con su mejoramiento.

El/la trabajador/a tiene la confianza en el sistema, si éste tiene certeza que se busca su mejoramiento personal y se ofrece la oportunidad adecuada para mejorar. Esto también le asegura que su respeto y franqueza dentro del orden no resulte contraproducente para él/la trabajadora.

La evaluación motiva al trabajador/a hacia su superación, porque implica un reconocimiento de sus esfuerzos, proporciona un mayor conocimiento de sí mismo, favorece la autocrítica y aporta una noción más real de su potencialidad.

El supervisor identificara oportunamente cualquier área de mejora en el trabajador y buscar oportunamente, los correctivos necesarios.

El personal de nuevo ingreso es evaluado al concluir sus dos meses de periodo de prueba. Los/las empleados/as que concluyan su periodo de prueba y tienen entre 6 meses y un año de trabajar en la Secretaría también participan en el proceso de evaluación del desempeño, aunque únicamente los que tengan una antigüedad mayor de doce meses tienen derecho a ser ascendidos a puestos superiores cuando existan vacantes, y en reconocimiento al buen desempeño de sus labores.

La calificación que el personal obtiene en la evaluación de desempeño, es una herramienta valiosa a considerar en la toma de decisiones para promociones internas, cambio de funciones, revisión del sueldo, elaboración del plan anual de formación y terminación de contratos laborales.

Cuando las necesidades de la Secretaría lo requieran, el personal puede ser trasladado de un puesto a otro. Dicho cambio puede significar, entre otros conceptos, variación en el nombre del puesto o del sueldo y lugar de trabajo, o bien una combinación de éstos. En ningún caso pueden trasladar a éste a desempeñar funciones totalmente distintas a su formación profesional o técnica.

La Organización da a conocer con antelación a su personal, los objetivos con los que son evaluados y la ponderación para cada uno de ellos.

El proceso de Evaluación del Desempeño propiciará y mejorará la contribución individual y de equipo en el logro de los objetivos estratégicos de la Organización, es por ello que son diferenciado para los/las gerentes/as, jefes/as, coordinadores/as; especialistas técnicos/as, colaboradores/as y personal de apoyo administrativo.

La evaluación del desempeño no necesariamente tiene una repercusión en el sueldo del/la empleado/a.

Si el/la empleado/a no estuviere de acuerdo con su calificación, tiene derecho a solicitar revisión durante los quince días hábiles siguientes a la fecha de notificación, lo cual hace por escrito a la Jefatura del área correspondiente, enviando copia de su solicitud al área de Gestión Humana, la cual elabora al final de cada período de evaluación, informes de interpretación de resultados incluyendo las recomendaciones que se estimen pertinentes orientados al mejoramiento de los niveles de desempeño obtenidos. Especial atención tienen los casos de desempeño sobresaliente como deficiente, ya que pueden ser sujetos de estímulo o sanciones.

### **2.4.3 LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO**

La máxima autoridad de la Organización comunica los Planes Operativos Anuales de la Organización.

#### **Elaboración de instrumento:**

Se diseña un formulario de evaluación del desempeño individual para medir el cumplimiento de las competencias que se determinen en los perfiles para cada uno de los puestos, las cuales están relacionadas con los valores institucionales definidos por la Organización y los objetivos que buscan los planes operativos anuales del periodo a evaluar.

#### Definición de tabla de puntajes

Se definen las ponderaciones que se le da a cada conducta y cada competencia, se puede integrar un comité que es dirigido y seleccionado por el área de Gestión Humana junto con el/la director/a de Servicios de Apoyo para el establecimiento de la tabla de puntajes.

#### Validación

La validación del instrumento garantiza que las preguntas para la Evaluación del Desempeño, reflejen de la mejor forma posible los objetivos que se persigue en la Organización; además, garantiza que se incluyan todos los elementos de información útil o relevante para el resultado de la evaluación.

Para validar la comprensión del instrumento, se aplica un ejemplar a un grupo piloto de empleados/as. Para esta acción se toma en cuenta a Directivos, mandos medios y operativos que conforman la Secretaría.

La validación permite hacer ajustes del instrumento, ya que mediante la prueba piloto es posible detectar detalles del lenguaje, vacíos en el conjunto de respuestas, redacción inadecuada y otros elementos, por lo general de forma y no de contenido, que deban ser modificados antes de su aplicación.

### Información al personal

Esta etapa es imprescindible para la aceptación y comprensión del proceso de evaluación. Por ser esta técnica de carácter abierto y por tener que colaborar en varios momentos todo el personal de los puestos, así como sus jefes/as, es necesario informar a todos los niveles lo que se va a hacer, cómo y por qué.

Al momento de brindar esta información es importante asegurarse que todos salgan con ideas claras sobre lo que se hace, con cuidado de no caer en la tentación de dar demasiados detalles o ejemplos que puedan provocar la desorientación de la mente de los informados.

### Aplicación del instrumento de evaluación

El/la jefe/a inmediato completa el formulario evaluando el rendimiento real del/la empleado/a partir de la fecha de su última evaluación y completa el formulario de acuerdo a un análisis objetivo.

Se efectúan evaluaciones parciales a los/las empleados/as en los siguientes casos:

- Cuando quien deba calificar se retire del servicio o se traslade.
- Cuando quien deba ser calificado cambie de puesto como resultado de traslado, suspensión, comisión, licencia, vacaciones o que deba separarse temporalmente del ejercicio de las funciones del puesto; en caso de que el término de duración de estas situaciones sea superior a treinta (30) días calendario.

*Figura 6: alcance de la evaluación del desempeño*



*Fuente: Elaboración propia.*

La figura 6 muestra los diferentes alcances de la evaluación del desempeño:

- Alcance 90° o evaluación vertical: el jefe evalúa al colaborador.
- Alcance 180°: la persona es evaluada por sí misma, por su jefe y por sus pares.
- Alcance 360° la persona es evaluada por sí misma, por su jefe, por sus pares, por sus colaboradores y por sus clientes o usuarios internos.

### **Procesamiento de la información**

Al finalizar el proceso, cada evaluador es responsable de entregar vía correo y físicamente al/la encargado/a de evaluaciones (Área de Gestión Humana), dentro del tiempo prudencial anteriormente citado, los formularios de evaluación para que se clasifiquen las evaluaciones, se procese la información recopilada y se realice un análisis cualitativo y cuantitativo de los datos.

### **Entrevista de evaluación**

El/la jefe/a inmediato se reúne con el trabajador para revisar los resultados de la evaluación. El trabajador revisará las puntuaciones. Se registran los puntos fuertes y débiles detectados en los resultados y se definen los compromisos correspondientes a ambas partes.

## **2.5 PROCESO DE FORMACIÓN DEL TALENTO**

### **Objetivo general**

El objetivo del proceso de formación y desarrollo del talento es mejorar las habilidades y conocimientos de todo el personal, el cual puede solicitar y recibir entrenamientos y capacitaciones, y de esta manera la Organización, como organismo Internacional mejore su calidad profesional y su desempeño.

### **Objetivos específicos**

- Normar, estandarizar y establecer los mecanismos que permitan una adecuada administración del Programa de Inducción y Formación institucional, para que el proceso se realice de forma oportuna, transparente y que la Organización pueda contar con personal calificado que satisfaga las necesidades del puesto y que contribuya al cumplimiento de los objetivos estratégicos de la Secretaría.
- Diseñar e implementar las actividades de formación para el personal de la Organización.

### **Elaboración del diagnóstico de las necesidades de formación**

Las necesidades de formación existen cuando el personal no reúne los conocimientos, habilidades y cualidades de personalidad definidos para el puesto como “necesarios y críticos” para el desempeño de su trabajo o perfeccionar las competencias que ya se tienen y poder mejorarlas.

El Diagnóstico de las Necesidades de Formación (DNF), es el primer paso en el proceso de formación, ya que contribuye a que la Organización no corra el riesgo de equivocarse al ofrecer una formación inadecuada, lo cual redundaría en gastos innecesarios.

El DNF establece qué habilidades, conocimientos y cualidades se requiere capacitar para que el/la empleado/a desempeñe correctamente un puesto de trabajo.

### **Búsqueda de medios para realizar el inventario de necesidades de formación.**

Los medios que pueden utilizarse para la elaboración del DNF, son los siguientes:

#### **Objetivos estratégicos de la Organización:**

Previo a la elaboración del DNF, el área de Gestión Humana de la Organización realiza el Círculo de Diagnóstico estratégico a nivel de Gerencias, para determinar las necesidades de formación en base a los objetivos institucionales.

Una vez acordadas las áreas estratégicas prioritarias para la formación, el área de Gestión Humana realiza el proceso de detección de necesidades de formación con todo el personal.

#### **Puesto de Trabajo del/la Empleado/a Bajo Cargo:**

El área de Gestión Humana inicialmente involucra a los/las Coordinadores/as, Jefes/as de Unidades, Direcciones, en el proceso de diagnóstico de necesidades de formación, basándose en el puesto de trabajo, por contar con un mejor conocimiento de los requerimientos de habilidades, actitudes y conocimientos exigidos para desempeñar dichos puestos y cuáles son las deficiencias existentes en los/las empleados/as con relación a ellos, afectando el desempeño en su trabajo.

Las necesidades de formación en el puesto de trabajo es la diferencia entre los requisitos exigidos por el puesto y los requisitos que cumple el ocupante del mismo.

#### **Evaluación del Desempeño**

La Evaluación del Desempeño sirve de base para descubrir las deficiencias de los/las empleados/as que están ejecutando sus tareas por debajo de un nivel satisfactorio y que por lo tanto requieren atención inmediata de programas de formación.

Se retoman las evaluaciones del desempeño del último periodo evaluado y se complementa el formato de Resultados de Evaluación del Desempeño General de la Organización, detallando Nombre del/la empleado/a, Fortalezas identificadas, Aspectos a Mejorar, las Necesidades de Formación según el/la apreciación del/la Jefe/a y las acciones formativas a las que se compromete el/la Jefe/a para que el/la empleado/a supere las deficiencias.

#### **Entrevistas a Empleados/as**

El área de Gestión Humana solicita a los/las empleados/as sus propias percepciones sobre necesidades de formación para puntualizar las áreas de debilidad que el empleado personalmente reconoce que podría superarse a través de una Formación.

Para la recopilación de Información se utiliza el Formulario Puesto – Persona donde detalla nombre del empleado, área a la que pertenece, puesto que desempeña y las discrepancias o deficiencias existentes, y se determina cual es el comportamiento requerido. Adicionalmente, se prioriza de acuerdo a las necesidades existentes con relación al puesto.

También puede utilizarse mediante recolección de información mediante un focus Group.

Los/las empleados/as retroalimentan sobre las diferentes necesidades de formación que, según su criterio necesita el/la jefe/a inmediato, así como para el personal de la Unidad Organizativa a la que pertenece.

#### **Análisis de Satisfacción Laboral**

Se toman como base los resultados obtenidos de estudios realizados, relacionados con satisfacción laboral, clima organizacional, entre otros, para detectar aquellas áreas débiles que requieren mayor atención y por lo tanto es incluido en el programa de formación.

### **Comportamiento y Problemas de la Organización**

Los comportamientos que presenta la Organización y que sirven para identificar deficiencias que provocan futuras necesidades de acciones formativas son:

- Expansión de la Organización y admisión de nuevos empleados/as,
- Reducción del número de/las empleados/as,
- Cambio de métodos, programas y procesos de trabajo,
- Sustituciones o movimientos de personal,
- Expansión de los productos o servicios,
- Modernización de equipos, sistemas,
- Comercialización de nuevos productos o servicios, entre otros.

Los problemas provocados por necesidades de acciones formativas no atendidas y que sirven como diagnóstico son:

- Baja productividad,
- Comunicación defectuosa,
- Tiempo de aprendizaje e integración en el cargo excesivo al esperado,
- Gastos excesivos en el mantenimiento de equipos,
- Relaciones deficientes entre el personal,
- Número excesivo de quejas,
- Poco o ningún interés por el trabajo,
- Falta de cooperación,
- Demasiadas ausencias y sustituciones,
- Tendencia a atribuir faltas o responsabilidades a otras Unidades Organizativas, entre otras.

El DNF, además es enriquecido con el historial personal del empleado, que señala su récord de formación dentro de la Organización.

### **Técnicas para realizar el inventario de formación**

Las técnicas que se pueden utilizar para obtener la información sobre las necesidades de formación son las siguientes:

- Entrevista individual,
- Entrevista en grupo,
- Aplicación de cuestionarios, y
- Aplicación de evaluaciones/ pruebas

Una vez se ha realizado el inventario de formación, se traslada la información a la hoja de Consolidado de Necesidades de Formación por Unidad Organizativa, especificando las frecuencias de los temas solicitados, y finalmente el Consolidado de Necesidades de formación de la organización.

### 1. Elaboración del programa anual de formación:

El Plan Anual de Formación tiene un enfoque de prioridades, orientado hacia la realización de programas que claramente respondan a satisfacer las necesidades de formación que han sido identificadas como deficitarias en la Organización, y que son necesarias solventarlas para alcanzar los niveles de efectividad y eficiencia requeridos.

Una vez se ha realizado el proceso de detección de necesidades de formación se elabora el Plan de Formación, el cual incluye los siguientes aspectos:

- Período de Ejecución,
- Necesidad de Formación
- Definición clara del objetivo o resultados esperados de la formación,
- Determinación del contenido de la formación,
- Indicadores de Monitoreo, supervisión y evaluación.
- Participantes, definición de la población objetivo, considerando número estimado de personas y duración.
- Duración de la formación

Técnicas de Enseñanza:

Las técnicas que se utilizan para desarrollar el Plan de Formación son seleccionadas de acuerdo al uso, lugar de aplicación y tiempo en que se desarrolle, las cuales pueden ser:

- Conferencias o exposición.
- Panel,
- Seminarios,
- Talleres (estudio de casos, foro, lluvia de ideas, discusión dirigida, juego de papeles, tarjetas),
- Diplomados, entre otros

Dichas técnicas están orientadas, según el caso, para transmitir conocimientos, cambiar actitudes, desarrollar habilidades, o lograr identificación con la Organización; y su uso depende de los objetivos que se persigan, el contenido a desarrollar y puede combinarse de acuerdo a los resultados que se deseen obtener.

Técnicas de Aprendizaje:

Las técnicas de aprendizaje son las formas efectivas para lograr la comprensión de los conocimientos que se transmiten a los/las empleados/as y que se utilizan para que exista un mayor compromiso y participación por parte del mismo. Se basan en el estudio de experiencias donde los/las empleados/as participantes se responsabilizan de su propio aprendizaje, valiéndose de las experiencias anteriores permitiéndole explorar o descubrir su talento y capacidades.

Las técnicas de aprendizaje que se pueden utilizar son las siguientes:

- Realización de proyectos de investigación,
- Estudios de casos independientes o grupales,
- Juego de roles o socio drama,

- Simulaciones,
- Juegos cooperativos,
- Resolución de conflictos,
- Dramatizaciones,
- Debates y discusiones, principalmente

*Figura 7: programas de desarrollo y formación*



Fuente: Elaboración propia.

La figura 7 muestra los diferentes programas de formación y desarrollo que pueden implementarse en las organizaciones.

## 2.6 PLANES DE CARRERA Y DIAGRAMAS DE REEMPLAZO

Cada vez más las Organizaciones ven la necesidad de establecer diagramas de reemplazo, planes de sucesión y planes de carrera como parte de sus programas de gestión y desarrollo del talento.

El Diagrama de Reemplazo en un programa organizacional por el cual se reconocen puestos clave, luego se identifican posibles participantes del programa y se los evalúa para, a continuación, designar posibles reemplazos (sucesores), pero sólo para aquellas personas que ocupando puestos claves tienen una fecha cierta de retiro, usualmente por la edad avanzada

del ocupante del puesto. Pueden darse por otras razones (traslado a otro país, ascenso o promoción, etc.).

Los diagramas de reemplazo no se realizan únicamente con puestos de alta jerarquía. Es importante verificar que no se quede ningún puesto relevante fuera del programa. Por ejemplo, si no se tuviera un reemplazo para un vendedor o jefe de ventas (que maneja negocios de gran dimensión) se podrían perder clientes importantes. Lo mismo ocurre con el jefe de mantenimiento (que tiene la «llave» de la historia de la planta) o con la persona que garantiza relaciones de trabajo armoniosas.

El Plan de sucesión, por su parte, se refiere a un programa organizacional para el cual se reconocen puestos clave, luego se identifican posibles participantes y se les evalúan para designar posibles sucesores de otras personas que ocupan dichos puestos, sin una fecha cierta para asumir las nuevas funciones.

Con ello se desea prever eventualidades, desde las de tipo trágico (fallecimiento o incapacidad de una persona) hasta las más usuales en la vida de las organizaciones: que un gerente o ejecutivo decida dejar su puesto para trabajar en otra Organización, o para poner su propio negocio, o a fin de dedicarse a otra cosa, por ejemplo, la docencia o por cualquier otra circunstancia.

Una organización «no vale» lo mismo si tiene asegurada la sucesión de su management que si no la tiene. Es decir, debido al impacto que representa en la gestión organizacional, se incrementa la valuación de la acción en el mercado o de la Organización en su conjunto.

### **Beneficios de los planes de sucesión y carrera en las organizaciones**

Los planes de sucesión y carrera requieren de inversión en recursos tecnológicos, humanos, financieros y de tiempo; no obstante, sus beneficios y retorno compensan con creces dicha inversión.

En primer lugar, se genera el efecto “Cantera” o reserva de talento mediante el cual se dispone de reemplazos inmediatos cuando la Organización los necesita. Con ello se mejora el rendimiento de la Organización al contar de manera permanente con colaboradores preparados para ocupar puestos de mayor nivel.

Si una Organización, por ejemplo, posee 20 o más agencias o sucursales, es esperable que requiera, en varias ocasiones, a lo largo del año, nuevos gerentes u otros puestos de relevancia dentro de este colectivo de personas. Justo, ante esa necesidad, puede colocar dentro de su estructura a los empleados que ha venido preparando en su “cantera”.

Los planes de retención disminuyen significativamente los gastos de rotación de personal (altas y bajas de empleados). Los empleados que se retiran se llevan consigo toda la inversión en su formación, su “know how” y su desarrollo. A la vez, contratar un nuevo empleado, también requiere de costos de selección, inducción, formación, etc.

En segundo lugar, las Organizaciones con planes de sucesión y carrera se vuelven más atractivas. Ofrecer carrera es un elemento de gran importancia a la hora de atraer a los mejores candidatos en el mercado.

Un tercer beneficio es que se incrementa su capacidad de retener talento. Las Organizaciones que proveen oportunidades de desarrollo a sus trabajadores/as evitan con esto que cuando busquen un cambio en su trabajo lo hagan fuera de la organización.

Otro beneficio importante es la mejora del clima laboral de la Organización. Las personas que trabajan en organizaciones que poseen planes de sucesión y carrera se sienten mejor y más seguras. Se genera motivación de logro y relaciones ganar-ganar con la Organización.

## 2.7 MANEJO DE COMPENSACIONES Y BENEFICIOS

La estrategia salarial de una organización consiste en implantar un sistema de remuneración e incentivos competitivo en el mercado laboral que logre generar una plena identificación de sus colaboradores con la estrategia organizacional.

Se define “Compensaciones” como la remuneración que recibe el personal por el desarrollo de sus labores. “Beneficios” se define como bonos y subsidios para respaldar e incentivar a su personal. El “Sueldo” es la remuneración mensual para los contratos de plazo Permanente, tiempo temporal y el honorario es la remuneración para contratos a obra determinada.

Cuando se habla sobre las compensaciones y beneficios en general que otorgue la Organización a su personal, se le llama “Prestación”.

El “Ingreso” está compuesto por el sueldo y/o honorarios, más prestaciones como desarraigo y otros ingresos.

Las “Deducciones” están compuestas por las retenciones de las prestaciones con aportes del personal.

Un buen sistema de compensaciones es aquel que asegura la equidad interna y la equidad externa. No es suficiente con que los salarios pagados sean altos con relación a otras organizaciones similares (equidad externa); es más importante una remuneración equitativa de todos los puestos dentro de una misma organización (equidad interna) basada en el análisis y comparación de puestos.

La remuneración ha pasado de ser fija a ser variable en todos los puestos. Ya era común la compensación variable en puestos como ventas, cobros u operaciones, directamente relacionados con los ingresos financieros a la organización.

Una forma de bonificación variable puede hacerse aplicando a todos los puestos en una Organización una remuneración trimestral, tomando en cuenta tanto los resultados obtenidos, medidos a través de sus KPI (por sus siglas en inglés: *Key Performance indicator*), como el esfuerzo demostrado, medido a través de sus competencias o comportamientos observables. El resultado promedio ponderado de ambos mecanismos de evaluación determina la bonificación variable periódica.

**Figura 8: ejemplo de cálculo de bono para un salario mensual aproximado de US\$1,000.00**

### EJEMPLO DE CÁLCULO DE BONO PARA UN SALARIO MENSUAL DE \$1,000.00

PORCENTAJE		Trimestre 1	Trimestre 2	Trimestre 3	Trimestre 4	AÑO
		\$ 250.00	\$ 250.00	\$ 250.00	\$ 250.00	\$1,000
70%	Resultado trimestral en KPI'S	50%	75%	50%	75%	
30%	Resultado trimestral en Competencias	85%	60%	85%	60%	
PROMEDIO PONDERADO		60.50%	70.50%	60.50%	70.50%	
BONO A PAGAR		\$ 151.25	\$ 176.25	\$ 151.25	\$ 176.25	\$ 655.00

Fuente: Elaboración propia.

En la figura 8 se muestra un ejemplo: la Organización “Linterna S.A.” ha decidido implantar un sistema de remuneración variable trimestralmente, otorgando a los KPI’S (logros obtenidos) un peso de 70% y a la evaluación de competencias (esfuerzo demostrado) un peso de 30%. Dado que el salario mensual de Felipe, uno de sus empleados, es de \$1,000.00, tendría derecho a una bonificación máxima trimestral de \$250.00, para lo cual tendría que obtener 100 puntos en sus competencias y lograr el 100% de sus indicadores.

En el primer trimestre, Felipe obtuvo el 50% de sus indicadores y alcanzó 85 puntos en su evaluación de competencias. Esto le da un resultado promedio ponderado de 60.50%. Al multiplicar esto por \$250.00 obtenemos un bono trimestral de \$151.25.

En el segundo trimestre logró el 75% de sus KPI’S y obtuvo 60% en la evaluación de sus competencias, lo que significa un desempeño promedio de 70.50%, por lo que obtiene \$176.25 de bonificación. Este procedimiento de remuneración variable puede realizarse periódicamente.

### **Objetivo del manejo de compensaciones y beneficios**

Normar las compensaciones y beneficios del personal de la organización, y constituye un instrumento de decisión que pretende garantizar la equidad, igualdad y justicia en la relación de la organización con todos los miembros de su personal y viceversa. Así mismo se tienen como objetivo establecer las correspondientes condiciones, derechos, deberes y obligaciones de su personal y de la Organización.

#### **2.7.1 NORMAS RELACIONADAS A LAS COMPENSACIONES Y BENEFICIOS**

Son normas generales asociadas a las compensaciones y beneficios en las organizaciones:

Recibir las compensaciones y beneficios que indiquen los contratos de trabajo o que figuren en Ordenes Administrativas, Circulares Administrativas e Instructivos.

Recibir su descanso semanal, asuetos y vacaciones remuneradas.

Percibir una remuneración mensual acorde al cargo que desempeñen y demás prestaciones sociales que por contrato o que por normativa interna se establezcan.

No pueden disminuirse prestaciones adquiridas por el personal.

La estructura de la Escala Salarial y de Honorarios de la organización establece la consecuente igualdad y equidad entre empleados/as que desempeñen las mismas funciones y tengan encomendadas las mismas responsabilidades en igualdad de condiciones.

La Organización puede tomar en cuenta cinco factores o situaciones/condiciones involucrados en la decisión de incremento o revisión de la escala salarial.

El costo de la vida: Se analiza la economía del país sede donde se encuentra la Organización, debiendo tomar en cuenta aspectos, macroeconómicos y financieros del país sede.

La evaluación del desempeño: Pueden ser considerados para un incremento de sueldo aquellos/as empleados/as que tengan un año o más de trabajar en la Institución y que hayan obtenido una calificación de al menos el 75% en su última evaluación del desempeño.

Los miembros del personal que no hayan sido evaluados, no aplican para recibir incremento salarial.

Incremento de sueldo por cambio de funciones en el puesto: Si la responsabilidad y las funciones del puesto han cambiado y aumentado, se solicita al Superior la nueva Descripción del Puesto y la misma es evaluada, y aprobada por la autoridad pertinente.

Incremento de sueldo por promoción: cuando se solicite una promoción para algún miembro del personal, se revisa su sueldo actual antes de ser promovido, versus el correspondiente a la posición nueva de acuerdo a la Escala Salarial.

## 2.7.2 CONCEPTOS BÁSICOS DE COMPENSACIONES ECONÓMICAS

Salario ordinario: El salario ordinario en la Organización, es definido por la cantidad de remuneración recibida según contrato de trabajo, por las diversas actividades por las cuales el/la empleado/a ha sido contratado, ya sea en pago semanal, quincenal o mensual.

Remuneración por trabajo extraordinario: En situaciones de suma necesidad y cuando previamente se autorice por el Superior por escrito, con el visto bueno del/la director/a del Departamento, los/las empleados/as trabajan horas extraordinarias las cuales son remuneradas, no así al personal cuyo contrato laboral especifique lo contrario. Dicha autorización es canalizada a la brevedad al área de Gestión Humana.

### Incrementos de sueldos por logro de metas y desempeño

Puede otorgarse un aumento de sueldo al personal, dentro de la misma categoría de la Escala Salarial, cuando el rendimiento lo justifique y las condiciones financieras de la Organización lo permitan. No hay aumentos de sueldo dentro de la misma categoría en forma automática.

Aguinaldo: El personal con contrato a plazo permanente tiene derecho a una remuneración adicional equivalente al sueldo de un mes, o la parte proporcional si hubiera servido en concepto de aguinaldo. El pago se hace efectivo en la primera quincena del mes de diciembre de cada año y se paga proporcionalmente al número de días que haya trabajado.

### Licencias y permisos

Las licencias, al igual que los permisos, son interrupciones del contrato laboral por una duración de tiempo que no extinguen la relación laboral.

La Organización otorga licencias a los miembros del personal con contrato de plazo permanente y tiempo temporal en caso de enfermedad, maternidad, matrimonio, duelo y por otras causas plenamente justificadas.

Todo el personal con contrato de plazo permanente y plazo tiempo temporal tiene que solicitar esta licencia o permiso a su Superior, quien es responsable de autorizarlo y notificarlo a través escrita al área de Gestión Humana.

### Licencia por enfermedad, lesión o accidente:

Cuando un miembro del personal se vea imposibilitado de asistir a sus labores por motivo de enfermedad o lesión, por más de tres días consecutivos, tiene que presentar un certificado expedido por un médico debidamente autorizado por la Organización, en el cual se haga constar la duración probable de la enfermedad, y si se encuentra incapacitado para desempeñar sus funciones. La Organización está en la facultad de verificar la veracidad de dicha información en cualquier momento.

### Seguro médico, de vida

La Organización le reconoce al personal con contrato de plazo permanente y plazo temporal un Seguro de Vida y Accidentes Personales, pagado totalmente por la Organización.

Asimismo, el personal con contrato de plazo permanente y plazo temporal tiene derecho a un Plan de Seguro Médico, el cual es financiado en forma bipartita por el personal y la Institución.

### Fondo de retiro:

La Organización mantiene un fondo de retiro como prestación a su personal con contrato a plazo permanente. Este fondo está constituido por aportes de los mismos, equivalente al valor de un doceavo de su sueldo anual, y por aportes de la Organización, que equivalen a un porcentaje previamente definido del sueldo del empleado, más los intereses que la suma de todos los aportes indicados devengue por la inversión en una cuenta bancaria a nombre de cada trabajador. El sueldo anual se calcula por el sueldo promedio de los últimos seis meses. El pago anticipado que la Organización ha depositado mensualmente al fondo.

### Reconocimiento por tiempo de servicio

Se establece como incentivo a la entrega de un reconocimiento por antigüedad a favor de los/las empleados/as de la organización, el cual en función del tiempo efectivo de servicio a la organización consiste en los siguientes tipos de reconocimiento:

Condiciones para la Entrega de los Reconocimientos: Los reconocimientos son entregados al personal que, habiendo cumplido con el tiempo de servicio requerido para hacerse acreedor a los mismos, aparezca en los registros del área de Gestión Humana, quien se constituye la fuente única para establecer a qué personal corresponde hacerle la entrega del reconocimiento en cada ocasión. El área de Gestión Humana se encarga de los preparativos para llevar a cabo los actos formales para la entrega anual de estos reconocimientos.

## **2.8 COMUNICACIÓN Y CLIMA LABORAL**

Podemos definir a la comunicación y el clima organizacional a la forma detallada de los procesos de comunicación interna, de los medios, los canales y los agentes involucrados, que garanticen que la información sea transmitida y recibida de manera oportuna, clara y eficaz en una organizacional.

### **2.8.1 MECANISMOS DE COMUNICACIÓN CORPORATIVA**

Comunicación Ascendente.

La comunicación descendente es la que fluye desde la alta dirección, pasando por todas las áreas de la organización siguiendo la línea jerárquica, con el propósito de alcanzar los siguientes objetivos:

- Proporcionar a los directivos el feedback necesario sobre asuntos y problemas actuales de Esta Organización.
- Ser una fuente primaria de retorno informativo para la dirección, que permita determinar la efectividad de su comunicación descendente,
- Aliviar tensiones al permitir que los empleados de nivel inferior compartan información relevante con sus superiores.
- Estimular la participación y el compromiso de todos.

#### **Comunicación Descendente**

La comunicación descendente es la que va desde la dirección a los demás miembros de la organización siguiendo la línea jerárquica, dentro de los objetivos de comunicación están:

- Conseguir toda información descendente adecuada, haciendo llegar todos los mensajes necesarios desde la alta dirección hasta los últimos eslabones de la jerarquía los aspectos

que tengan incidencia en cada área, tomando en cuenta la misión, visión y políticas internas de la Organización, además de las variables ya sean internas o externas.

- Tiende a ser considerada como la forma natural y espontánea de transmitir la información en la Organización.
- Enviar órdenes múltiples a lo largo de la jerarquía.
- Proporcionar a los miembros de la Organización información relacionada con el trabajo realizado.
- Facilitar un resumen del trabajo realizado e inculcar a los empleados para que reconozcan e internalicen los objetivos de la organización.

### **Comunicación horizontal**

La comunicación horizontal es la que se da entre las personas consideradas iguales en la jerarquía de la organización, dentro de los objetivos de comunicación horizontal están:

- Facilitar la coordinación de tareas, permitiendo a los miembros de la organización establecer relaciones interpersonales efectivas a través del desarrollo de acuerdos implícitos
- Proporcionar un medio para compartir información relevante de la Organización entre compañeros.
- Comunicar la información de un departamento a otro a través de reportes periódicos, o reuniones.
- Comunicar la información de un departamento a otro a través de reportes y la implementación de la comunicación formal.
- Armonizar los objetivos y metas de la Organización para lograr mejores resultados

### **Estrategias de manejo de los sistemas de comunicación**

- Desarrollar procesos efectivos de comunicación para crear y divulgar la misión, visión y valores corporativos, y así poder trascender los lineamientos escritos en acciones vividas.
- Capacitar al personal en cada nivel como una fuente transmisora de información confiable para transformar a los empleados en participantes activos y multiplicadores de procesos.
- Desarrollar procesos efectivos de comunicación interna para crear y divulgar la misión, visión y valores corporativos, y así poder trascender los lineamientos escritos en acciones vividas
- Propiciar a través de los medios de comunicación interno el involucramiento de los miembros para trabajar en equipo, de forma integrada y poniendo lo mejor de sí en las actividades que se realicen y ello redundará en un mejor clima laboral
- Promover concursos internos apoyados por las diferentes vicepresidencias utilizando los medios de comunicación, con el propósito de aumentar la motivación y un mayor involucramiento en los empleados hacia la organización.

## **2.8.2 LINEAMIENTOS GENERALES DE CLIMA y CULTURA ORGANIZACIONAL.**

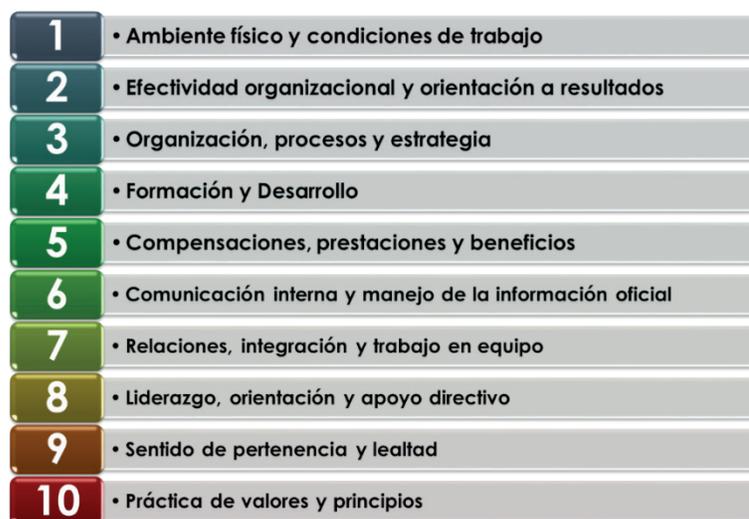
El clima organizacional es una cualidad relativamente permanente del ambiente interno de una organización que: experimentan sus miembros, influye en su comportamiento y se puede

describir en función de los valores de un conjunto particular de características (o actitudes) de la organización.

Aspectos internos que influyen sobre el Clima Organizacional

- Los cambios positivos y negativos en la organización
- Alteración o estancamiento de las condiciones económicas
- Cambio de jefes
- Reestructuración: (ampliación-reducción)
- Emergencias, accidentes laborales, conflictos con algún empleado...
- Esquemas culturales (Rumor-terror)

*Figura 9: Principales dimensiones, estructos o factores de cultura y clima organizacional*



Fuente: Elaboración propia.

La figura 9 describe las principales dimensiones, estructos o factores de cultura y clima organizacional.

Se suele administrar el clima organizacional a través de un comité integrado por representantes de las diversas áreas organizativas. Dicho comité es presidido por RRHH y su principal labor es:

- Apoyar los procesos de evaluación de clima y cultura en toda la organización,
- Dar seguimiento a las recomendaciones generadas como resultado de la evaluación
- Proponer otras medidas de mejora para enriquecer el clima y cultura organizacional

## 2.9 CÓDIGO DE ÉTICA Y COMPORTAMIENTO

El Código de Ética y Conducta establece normas y criterios generales de estricto cumplimiento para todo el personal de una Organización. Aunque no cubre todas las posibilidades en los hechos, es una guía que aporta criterios generales para valorar situaciones de ética y conducta en el funcionamiento institucional.

El Código fija el marco general de los principios y reglas que guían el comportamiento del personal de la Organización, tanto en el desempeño de sus funciones, como en las relaciones de trabajo entre pares, con el personal a su cargo, con las autoridades de los niveles superiores a lo interno de la Organización, así como en las relaciones con el personal de organizaciones, instituciones y proyectos externos con los que se relaciona institucionalmente, la Organización.

Lo establecido en los códigos de conducta y ética, se complementa con las obligaciones, prohibiciones y derechos del personal plasmados en sus estatus administrativos y reglamentarios de la Organización. La ausencia de una norma específica de ética y conducta, no significa que una infracción sea condonada. Todavía puede estar sujeta a acción disciplinaria a la luz de otras disposiciones.

### Objetivo

El Código de Ética y Conducta persigue lograr y mantener un clima de relaciones interpersonales y profesionales respetuosas, estimulantes, dinámicas y generadoras de valor humano agregado, así como fortalecer y defender la imagen institucional de la Institución.

### 2.9.1 PRINCIPIOS ÉTICOS Y NORMAS DE CONDUCTA

Los Códigos de Ética y Conducta están basados en la visión, la misión, principios y valores establecidos en el marco estratégico de la Organización, el cual sirve de referencia a fin de reflejarlo en el quehacer diario de cada persona que labora en una Organización.

Algunos principios generalmente establecidos en los códigos de ética y conducta son:

- Honestidad y probidad;
- Transparencia y denuncia;
- Discreción y confidencialidad en el manejo de la información;
- Igualdad, equidad de género y respeto a la persona;
- Excelencia, compromiso y responsabilidad;
- Cumplimiento de normas;
- Colaboración, atención y trabajo en equipo;
- Uso adecuado de los recursos;

De igual forma se suele incorporar prohibiciones relacionadas con el que hacer organizacional de la organización, como, por ejemplo:

- Colusión (complicidad)
- Dolo

- Nepotismo
- Proselitismo
- Regalos, beneficios y otros

## 2.9.2 RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

Es comprometerse de manera responsable al mejoramiento y apoyo de la población con carencias y más necesitadas en aspectos económicos, salud, mediante la conjunción entre el crecimiento económico de la Institución y el apoyo al desarrollo sostenible de su entorno

Este principio implica:

- Cultivar y fomentar un ambiente de responsabilidad con el medio ambiente y con el apoyo social en beneficio de las personas más necesitadas en los que las organizaciones puedan proporcionar algún tipo de donación o ayuda.
- Fomentar proyectos de promoción y ayuda social dentro de la sede de la Organización.

Responsabilidad social es la forma de conducir los negocios de una Organización de tal modo que ésta se convierta en co-responsable por el desenvolvimiento social.

Es claro que las organizaciones tienen compromisos con la sociedad, particularmente con la comunidad geográfica de la cual forman parte. La sostenibilidad administrativa de las organizaciones puede impactar en el bienestar social en términos de generación de riqueza y empleo y sin duda el bienestar social influye, a su vez, en la sostenibilidad organizacional porque genera equilibrio y estabilidad al interior de la Organización. Ambos componentes se complementan.

Hacia su público interno, quienes administran las organizaciones están cada vez tomando más conciencia de que la sobrecarga laboral del trabajador no favorece los resultados de sus negocios, sino que, por el contrario, los disminuye. Es por ello que algunas organizaciones han comenzado a crear mecanismos para generar balance vida-trabajo, que posibilite a los trabajadores dar resultados importantes en su gestión laboral y, al mismo tiempo, vivir integral y plenamente todas las dimensiones importantes de su vida. Los empleados exigen que los empleadores reconozcan que, además de tener una vida laboral, ellos también tienen una vida “no laboral”.

En cuanto a la proyección hacia la comunidad, da la impresión de que en América Latina en general, y en la región centroamericana en particular, todavía son pocas las organizaciones que implementan mecanismos de proyección comunitaria. Sin embargo, surgen al respecto muchas inquietudes: ¿son efectivos? y si lo son ¿Por qué no son más las organizaciones que los implementan?

Algunas organizaciones afirman ser responsables en su gestión administrativa puesto que cumplen con la legislación nacional, efectúan los pagos tributarios en tiempo y en orden y, brindan a sus empleados todas las prestaciones de rigor que exige la ley. Sin embargo, las organizaciones no se vuelven responsables solamente por cumplir algunas exigencias que las aproximan a un modelo de sociedad de justicia, libertad y derechos humanos.

Una Organización socialmente responsable es aquella que posee la capacidad de atender los intereses de las diferentes partes (accionistas, empleados, prestadores de servicios, proveedores, consumidores, comunidad, gobierno y medio ambiente) e incorporarlos en el planeamiento de sus actividades, buscando atender las demandas de todos ellos.

## BIBLIOGRAFÍA

Camisón, César, Cruz, Sonia y González, Tomás; Gestión de la Calidad: conceptos, enfoques, modelos y sistemas, Pearson Educación. S,A, 2002; Madrid.

Código del Trabajo, Art. 28, 1978, El Salvador

Dessler, Gary; Administración de Personal, Prentice Hall Hispanoamericana, S.A, 2002, New York.

Koontz, Harold y otros Administración: Una perspectiva global y Organizacional. (14<sup>a</sup> edición), McGraw Hill, 2014; New York.

Robbins, Stephen; Comportamiento Organizacional (7<sup>a</sup> edición), Prentice Hall Hispanoamericana, S.A., 2002; New York.

Stoner, Freeman y Gilbert, Administración, (6<sup>a</sup> edición) Prentice Hall Hispanoamericana, S.A., 2000; New York.

Zaratiegui, J.R.; Revista económica Industrial No 330; 2002.





*Rogelio Castillo es doctor en administración por la Universidad Anáhuac México Sur, tiene dos grados de maestría, MBA y Valuación, estudios de Ingeniero Civil por la Universidad Nacional de México, así como Diplomados en Administración Financiera y Sistemas de Calidad por el Tecnológico de Monterrey. Es consultor senior de estrategia de negocios especializado en competitividad organizacional, clusters industriales, sistemas de gestión ISO, gobierno corporativo, y responsabilidad social empresarial. Actualmente desarrolla su propia práctica de consultoría y gestión en su empresa Intercom y es socio fundador del Instituto de Investigación Aplicada a Negocios. Dentro de sus clientes se encuentran entidades de gobierno en México, Banca de Desarrollo americana (Banco Interamericano de Desarrollo) y europea (Eurocentro NAFIN México) así como organizaciones sin ánimo de lucro. Este certificado por Harvard Business Publishing como mentor del programa Harvard Manage Mentor Plus y por la Japan International Collaboration Agency (JICA). El Dr. Castillo escribe acerca de negocios, gobierno corporativo, estrategia y responsabilidad social para revistas como Expansión, Mundo Ejecutivo, Ejecutivos de Finanzas, CNN y periódicos El Financiero, El Economista en México y es autor de cuatro libros. Ha ejercido la docencia a nivel posgrado en la red de Universidades Anáhuac, en el Tec de Monterrey, en el IEDE Business School de España conjuntamente con la Universidad del Valle de México, en la Universidad Intercontinental y en ISEADE en El Salvador, tanto en programas presenciales como en línea por más de 25 años.*

## EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LA EMPRESA FAMILIAR

Por Rogelio Epigmenio Castillo Aguilera<sup>1</sup>

### I - INTRODUCCIÓN

El estudio de la pequeña y mediana empresa (PYME) familiar tiene sus orígenes en investigaciones publicadas a partir de 1960, las cuales empezaron a documentar problemáticas comunes que se presentaban en ellas: rivalidad entre generaciones, pugna por el poder entre hermanos, administración empírica y falta de planes de sucesión y largo plazo del fundador entre muchas otras vertientes.

Normalmente dichos estudios se enfocaban a considerar la relación entre la familiar y la empresa sin necesariamente tomar en cuenta otros factores. Con la evolución de los estudios y la investigación en la materia, se empezó a enfocar la problemática de este tipo de empresas en factores comunes bajo la perspectiva sistémica y se inició la relación entre diferentes subsistemas intervinientes apareciendo diferentes modelos de estudio.

De esta forma, en muchas ocasiones se confunde la actuación de la empresa familiar con la pequeña y mediana (PYME). Aunque en general suelen ser de pequeña dimensión, las empresas familiares también tienen un papel destacado dentro de las principales y más grandes empresas sin importar el origen pequeño de las mismas.

Sin lugar a dudas, existen empresas familiares que comenzaron siendo pequeñas empresas y llegaron a convertirse en grandes negocios sin dejar de ser familiares. De esta forma, aunque la mayoría de las empresas familiares son pequeñas y medianas, existen en todo el mundo muchas empresas grandes que surgieron y mantienen a la familia empresaria.

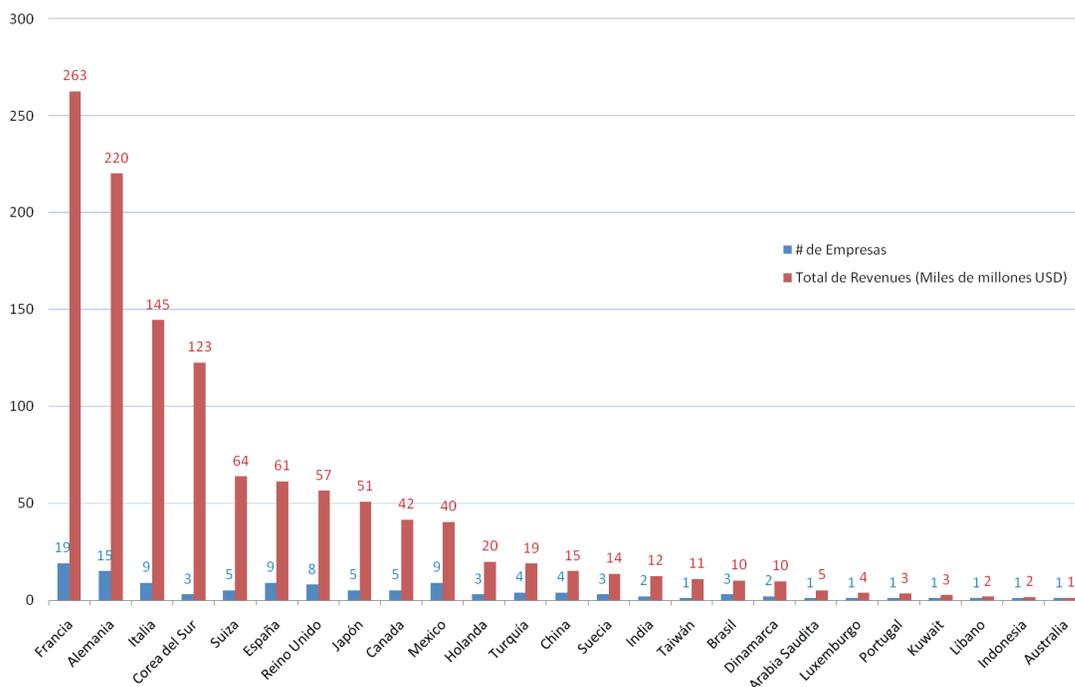
Para contextualizar a la empresa familiar a manera de definición, existen diversos enfoques, sin embargo, la gran mayoría de ellos coincide en que es una unidad económica constituida por miembros de una familia, quienes tienen el control administrativo y financiero sobre la misma, caracterizándose por la existencia de un fundador (líder de una familia), una historia de trabajo, un patrimonio económico formado con el tiempo y el involucramiento de la familia en la gestión y el gobierno de la empresa de manera paulatina.

Así, tanto la propiedad como el control de este tipo de empresas lo tiene el grupo familiar, sin importar su tamaño y el sector en el que se desarrolle y a medida que se da un cambio generacional, la propiedad se divide entre los herederos, de ahí la gran importancia de considerar la aplicación del gobierno corporativo en ella.

---

<sup>1</sup> Profesor del MBA ISEADE-FEPADE El Salvador. Profesor titular de Gobierno Corporativo y Empresa Familiar Tecnológico de Monterrey, Ciudad de México. Profesor de Doctorado en Responsabilidad Social, Universidad Anáhuac México Norte. Director General Intercompetitividad Empresarial ([www.intercompetitividad.com.mx](http://www.intercompetitividad.com.mx)). Consultor de Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) del Grupo Banco Interamericano de Desarrollo. Mentor en México de Harvard ManageMentor Plus.

Figura 1. Ingresos por Ventas por país de la Empresas Familiares más grandes del mundo.



Fuente: Elaboración propia con datos de Family Business Magazine, 2010.

Roman (2009), menciona que la diversidad de definiciones de empresa familiar es tal que ha llegado a afirmarse que existen tantas de éstas como número de autores que tratan el tema (Croutsche y Ganidis, 2008). Por ello, la heterogeneidad conceptual resultante ha surgido de los límites más o menos amplios que se establecen a las familias propietarias, el porcentaje de control que la familia propietaria debe poseer, el número de familias que poseen ese control y/o la duración requerida para que una firma pueda ser considerada como empresa familiar (Croutsche y Ganidis, 2008; Sharma, 2004).

Asimismo, Roman (2009), observa que una definición integral de empresa familiar establece que éstas son una síntesis única de los siguientes elementos: a) control sobre la propiedad (15% o más) por parte de dos o más miembros de una familia o asociación de familias; influencia estratégica de los integrantes de la familia en la dirección de la empresa; interés por las buenas relaciones familiares; interés en la continuidad de la empresa de generación a generación (Poza, 2004).

En tanto que Belausteguigoitia (2010), hace referencia que una empresa familiar es una organización controlada y operada por los miembros de una familia. Desde una perspectiva diferente, digamos espiritual, refiriéndose a empresas con alma, dado que el corazón de las familias está en ella.

Sin embargo, el involucramiento directo de los miembros de la familia en la empresa familiar también provoca la superposición de roles entre la familia, la propiedad y la empresa además de fricciones familiares, obstáculos en el desarrollo del negocio y otros factores que se analizarán en este capítulo.

De esta forma, se puede considerar que las características fundamentales de este tipo de empresas coinciden en los varios de estos aspectos:

- Intención del fundador de continuidad del negocio familiar a generaciones venideras, es decir, ofrecer una oportunidad a los hijos, proporcionando la posibilidad de independencia, control de su futuro y autonomía, así como darles la oportunidad de crecimiento personal y creatividad, sin que esto necesariamente sea lo que los hijos deseen.
- Visión e interés compartido con los miembros de la familia. Conservar la herencia, ya sea generar, mantener o consolidar una tradición, una historia, unas raíces o crear algo que permanezca en el tiempo
- Inicio de la empresa bajo un esquema de administración básica, de la forma auto-empleo del fundador u operación de toda la empresa por él (administración, ventas, operación, etc.).
- Valores familiares integrados a la empresa. La forma de actuación de la familia es reflejada en la operación de la empresa.
- Centralización de decisiones por parte del o los fundadores de la primera generación en todos los aspectos de la operación del negocio.
- Varios propietarios trabajan en la empresa familiar. Es común que conforme la empresa empieza a crecer y generar oportunidades de empleo, se invite a la familia a formar parte del negocio sin que necesariamente se tenga la experiencia y oficio para el trabajo.
- Identidad de la familia con la visión del fundador.
- Voluntad de los fundadores de crear un vínculo de relación estable y el desarrollo de la misma normalmente con visión de largo plazo.

La empresa familiar hace que la concentración del capital sea distinta a la de las empresas no familiares y esto influye en el modo de tomar decisiones, debido principalmente a que existe la intención de continuidad y transmisión de la empresa a generaciones futuras.

Esto se ha estudiado en Latinoamérica, encontrándose que las pequeñas y medianas empresas familiares (PyMES) representan en promedio cerca del 80% de todas las empresas registradas en la región. Por ejemplo, tomando el caso de Colombia, contribuyen con cerca del 68% de la generación total de empleo con un poco más del 50% del PIB de ese país y cerca del 65% de todas las sociedades anónimas registradas son de carácter familiar siendo en conjunto, sin considerar su carácter legal o su tamaño, poco más del 85% de todas las empresas familiares (Romero, E. 2006).

Similar a ello, en México existen aproximadamente 10 millones de negocios familiares. En éstos se ocupan alrededor de 14.4 millones de personas, poco más de una tercera parte del total de personas ocupadas en el país (Secretaría de Economía, 2008).

En el año 2000, el Centro de Empresas Familiares de la Universidad de Monterrey de México, llevó a cabo una encuesta entre 479 empresarios del norte del país y a partir de ella se obtuvieron datos relevantes sobre la situación de las empresas familiares no nada más del norte del país, sino de todo el territorio nacional. Los hallazgos más relevantes de esta investigación fueron los siguientes:

- El 70% tiene la mayoría de las acciones en poder de la familia. Además, 75% es propietario de pequeñas empresas.
- El 71% es empresa de primera generación (bajo el poder de sus fundadores).

- El 63% de los propietarios declara no tener testamento. El 82% afirma no tener reglas por escrito para efectuar la sucesión.
- El 64% no brinda oportunidades de ascenso a puestos clave para miembros no familiares.
- El 81% no tiene estipuladas reglas para familiares que deseen trabajar en la empresa.
- Según el Instituto Mexicano del Seguro Social, entidad encargada de proporcionar seguridad social a los trabajadores, el 75% de sus más de 14 millones trabajadores afiliados pertenecen a una empresa familiar.
- De cada cien nuevas organizaciones que se crean de origen familiar, sólo 30 empresas llegan a manos de la segunda generación. Al menos 10 de ellas logran consolidarse dentro de la tercera generación (INEGI).

Por otro lado, considerando el caso de Estados Unidos, desde el inicio del siglo existían en ese país 17 centros o institutos dedicados a las empresas familiares, generalmente adscritos a las escuelas de negocios más prestigiosas del país. En la última década en este país, se presenta un crecimiento importante tanto en la cantidad como en la calidad de las investigaciones realizadas (Zahra & Sharma, 2004) en materia de empresa familiar. Similar situación se ha presentado en Europa, especialmente en España e Italia, donde ha habido un gran número de investigaciones y publicaciones, reflejando el gran interés de encontrar propuestas viables para su operación.

Considerando lo expuesto anteriormente, se puede visualizar que lo que hace especialmente compleja a la empresa familiar son los estrechos vínculos entre la familia, la empresa y la propiedad que causan unas muchas ocasiones un manejo de roles en cada uno de estos ejes que no necesariamente representan la mejor forma de operar que podría ocurrir para el negocio.

Es por ello que el estudio de investigaciones sobre las empresas familiares desde sus inicios ha tenido un tratamiento interdisciplinario en el cual han participado especialistas en administración, economía, ciencia política, historia, sociología, psicología y derecho, entre otras. Esta diversidad ha enriquecido teórica y metodológicamente los estudios en el campo y son la base para tratar de comprender a la empresa familiar.

Si bien los enfoques de estudio son diversos, éstos se pueden sintetizar en cinco perspectivas: los procesos de relevo generacional, la evolución (generalmente estudiada como ciclos históricos) de las empresas familiares, las estrategias empresariales y sus resultados económicos, la dinámica de las relaciones intrafamiliares y sus efectos sobre la empresa y finalmente, las condiciones de entorno que inciden en la permanencia y desarrollo de estas organizaciones. Cada una presenta a su vez múltiples posibilidades de investigación (Hollander, 1988, p. 145-164). En los siguientes apartados se abordarán los diferentes enfoques para intentar dar unidad a su estudio.

## **II - CULTURA Y VALORES DE LA FAMILIA EN LA EMPRESA**

En diferentes vertientes, los estudios científicos enfocados a la interacción de la familia en la empresa, reflejan que la calidad de la interacción entre la familia o familias propietarias y su empresa incide sustantivamente en la productividad y la competitividad de una PyME familiar (Ward, 2005), entendiendo por interacción familia-empresa la manera cómo se relacionan, participan e influyen en la vida organizacional de la empresa los integrantes de la familia propietaria y su particular forma en que trasladan la cultura y valores de la familia a la empresa.

Esta interacción puede llegar a facilitar la incorporación de procesos y prácticas que fortalecen su productividad o por el contrario puede ser una barrera para el desarrollo de la profesionalización de la empresa familiar.

Al analizar la relación existente entre la calidad de interacción de la cultura y valores de la familia empresaria con el desarrollo del negocio, se aprecia que en la medida en que los miembros de la familia propietaria mantienen relaciones positivas como socios y como empleados de la empresa familiar, estructuran un gobierno corporativo profesional, disponen de reglas de operación, políticas y normas de actuación claras y transparentes, la interacción con la administración de la empresa genera principios claros de actuación que normalmente llevan a tener un desempeño superior que las empresas familiares que no lo manifiestan.

De esta forma, la interacción positiva entre familia y empresa implica tres condiciones de éxito: la primera consiste en que las relaciones familiares positivas caracterizadas por la cooperación, la unión y la existencia de intereses comunes acerca de la razón de ser de la empresa familiar, determinar un rumbo claro a seguir. La segunda condición es que una estructura organizacional clara y definida que establece funciones, roles, responsabilidades y ámbitos de decisión para los familiares vinculados a la empresa familiar, conjuntamente con reglas de actuación bien estructuradas para la familia, son un mecanismo claro y transparente en la operación del negocio. Por último, la tercera condición consiste en que un esquema de administración y gobierno corporativo que define la gestión profesional de la empresa familiar con independencia de los intereses familiares es el principio del éxito a largo plazo y la profesionalización del negocio.

#### *Cultura de la familia en la empresa*

En esta vertiente, la teoría de los recursos y capacidades de la empresa proporciona un marco interesante para estudiar la cultura de la empresa familiar, debido a que la cultura parte de los recursos y capacidades de la empresa, genera activos intangibles estratégicos difícilmente imitables por la competencia lo cual se constituye como un factor explicativo del éxito competitivo. Por ello, algunos de los activos intangibles en la empresa familiar son: la cultura, la reputación, la imagen, las habilidades y capacidades de los empleados.

Los consensos de los investigadores analizados determinan que la cultura de la empresa familiar es la ideología básica de la familia propietaria, que incluye valores, normas, tradiciones o formas de actuar en la vida (Poza 2007) y la definen como el conjunto de valores expresados en comportamientos, resultantes del liderazgo de la familia, tanto en el pasado como en el presente. En consecuencia, la unidad familiar y la relación entre la familia y el negocio también inciden en la cultura de la empresa.

Por estos aspectos, la cultura de la empresa familiar determina el éxito del negocio y se puede manifestar en aspectos tales como la forma de vestir, el lenguaje y los rituales; en las ideas y acciones que se utilizan para enfrentar los problemas. De igual forma se refleja en valores como la honestidad, el servicio al cliente y otros que caracterizan e individualizan a cada empresa familiar.

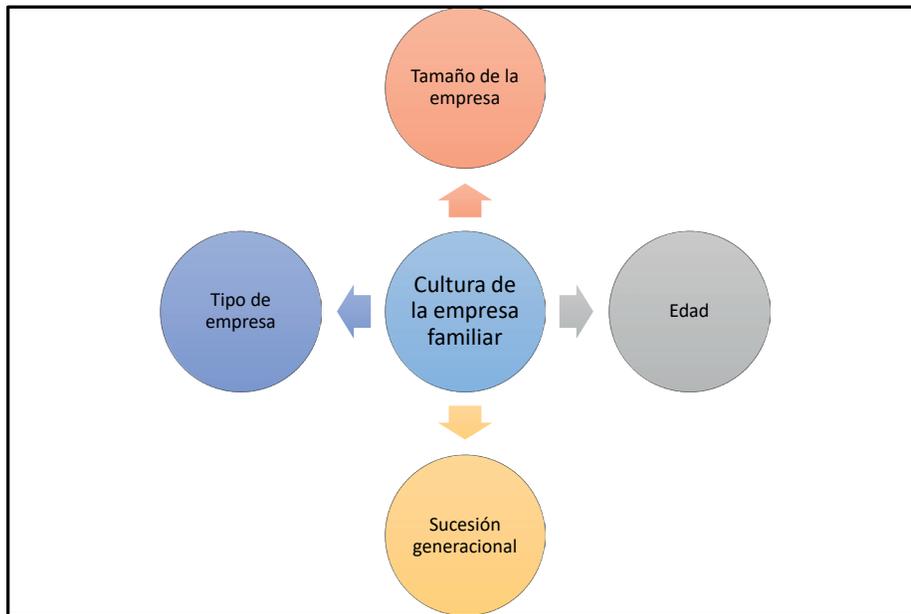
Sin embargo, los valores pueden ser formales o informales y probablemente se encuentren en la filosofía de la empresa, aunque es necesario distinguir entre los valores ideales y los valores reales del grupo familiar. Por ello, los valores son las premisas de la forma de ver la vida en la familia y el negocio.

Según Hall et al. (2001), la cultura predominante en la empresa familiar es producto de creencias, valores, expresiones y acuerdos, de su historia y sus relaciones sociales. La transmisión de estos patrones culturales hace que sean compartidos por la familia y por la empresa.

La información, los valores, modelos y creencias que desde las edades más tempranas reciben los miembros de la familia condicionan su comportamiento y desarrollo, y por tanto el de la empresa.

Diversos estudios que analizan la cultura de la familia indican que esa cultura es relativa a la empresa y algunos investigadores comparan la cultura de las empresas familiares y no familiares encontrando diferencias significativas. Sharma et al. (1997) muestran que las diferencias en la cultura de las empresas familiares provienen de factores contingentes como el tamaño, la edad, la sucesión generacional y el tipo de empresa, para mencionar algunos.

Figura 2. Factores intervinientes de la cultura en la empresa familiar.



Fuente: Elaboración propia con datos de Sharma, et al, 1997.

Entre los estudios que analizan la combinación de culturas, cabe mencionar el de Dyer (1986), un estudio de empresas familiares sobre los tres niveles de cultura propuestos por Schein (1988) (presunciones básicas, valores y artefactos), que concluye con una propuesta de cambio cultural que combine modelos generales de cultura (paternalista, liberal, participativa y profesional), modelos de cultura familiar (patriarcal, colaborativa y conflictiva) y cultura directiva (burocrática, autoritaria, consultiva y supervisora).

Estudios realizados en Europa acerca de la cultura en las empresas familiares, (Sabater-Sánchez et al. 2003), analizaron si existía una relación entre la cultura compartida por los miembros de una organización y el hecho de que ésta sea familiar o no, con una muestra de 406 empresas de Murcia.

Para ello utilizaron el instrumento de valoración de la cultura organizacional aportado por Cameron y Quinn (1999), que distingue cuatro dimensiones: de clan, ad hoc, jerárquica y de mercado. Sus resultados muestran que no existe una cultura de las empresas familiares diferente de las no familiares. Esto sugiere que para explicar el tipo de la cultura no es suficiente considerar el tipo de empresa.

La cultura de las empresas familiares también se ha analizado desde el punto de vista de la influencia del sistema familiar en la propiedad y la gestión. Ello demuestra que la cultura surge y se delimita en las interrelaciones entre los tres sistemas descritos por Tagiuri (1982): empresa, propiedad y administración.

#### *Valores de la familia en la empresa*

Se puede hacer una aproximación al concepto de valores como una creencia duradera en que una forma de ser y actuar es mejor que otra, la cual determina las actitudes, manifestaciones y juicios sobre sí mismo y los demás, los que a su vez tienen gran importancia en las empresas, pues son aspectos esenciales de la cultura organizacional (Schultz, 1994).

Otra visión de este concepto es la cultura que se constituye por una serie de valores adquiridos, que la sociedad acepta como un todo y los transmite a sus miembros a través del lenguaje y los símbolos. Por tanto, la cultura es el reflejo de los significados y las tradiciones compartidas por la sociedad. Los sistemas de valores están constituidos por la importancia relativa que las culturas conceden sobre dichos valores.

Un aspecto clave que distingue a la empresa familiar de la no familiar es la relación de parentesco entre algunos de sus miembros, que en el lugar de trabajo comparten valores, creencias y normas de conducta provenientes, al menos en parte, del ambiente familiar (Leach, 2009).

Ello determina la relación entre los valores y principios compartidos por la familia propietaria que se trasladan a la empresa y algunos los que mejor la describen esto son la justicia, la credibilidad, el respeto y el trabajo duro (Koiranen, 2002). Los valores y la cultura tienen tal importancia que se consideran el fundamento de las organizaciones y las familias.

Sin embargo, los estudios de empresas familiares también reconocen la influencia decisiva del fundador en su descendencia. Asimismo, es preciso destacar la influencia que tienen los valores corporativos, ya que al interior de la empresa fomentan el sentido de compromiso entre los empleados y hacia el exterior se convierten en elementos de referencia que generan ventajas competitivas en el mercado (Pérez et al., 2007). Por su parte Leach (2009), señala que la diferencia entre la empresa familiar y la organización no familiar consiste en que la primera logra una concordancia de los valores y la cultura de la empresa con los de la familia.

Otro autor que resalta la importancia de los valores y la cultura en la empresa familiar es Kets de Vries (1993), para quien “El espíritu de la familia determinará, en gran medida, las actitudes, normas y valores dominantes en la empresa. Los valores que los miembros de la familia expresen se convertirán en un objetivo común para los empleados y ayudarán a que estos se identifiquen y comprometan”. Esto ocurre, en general, cuando a los empleados se los considera parte del esfuerzo familiar para sacar adelante el negocio y definen en gran medida la cultura de la empresa.

Tapies (2009) sostiene que los valores de la empresa se derivan de los principios que identifican a la familia propietaria, los cuales se mantienen sin alteraciones y se transmiten entre generaciones a través de la educación de los hijos y que la preservación de dichos principios es importante para lograr la continuidad, ya que son básicos para el desarrollo posterior de los valores. Longenecker et al. (2001, p. 33), describen el concepto “configuración cultural global” para abarcar la cultura total de una empresa familiar, compuesta por tres elementos o patrones que destacan el papel de los valores de este tipo de empresas: Patrones de negocio, patrones familiares y patrones de dirección de empresa coincidiendo también con Tagiuri (1987). Dicha interacción se aprecia en el Cuadro 1.

Cuadro 1. Los valores en la cultura de la empresa familiar

Dimensiones en la empresa familiar	Dimensión conceptual y apreciación de valores
<b>Negocio</b>	Creencia, valores y principio que la familia lleva a la empresa (creencia, conductas, visión acerca del servicio o producto, nivel de esfuerzo, dedicación, entre otros).
<b>Familia</b>	Influencia de la tradición familiar (ancestros, fundador, miembros de la familiar que participan en el negocio), que son compartidos y heredados inter generaciones y definen al grupo familiar.
<b>Empresa</b>	Acciones que adopta el consejo directivo viendo a la empresa familiar como negocio y que influye en la forma de tomar decisiones y operar.

*Fuente: Elaboración Propia con datos de Longenecker, J.; Moore, C. y Petty, W. (2001).*

Describiendo los patrones culturales, se puede decir que son el conjunto de supuestos de cada grupo integrante de la empresa, los cuales se entrelazan y crean un sistema único de creencias compartido.

Cuando se habla de patrones se hace referencia a la forma de proceder en la empresa familiar, la cual es cambiante, no sólo en el tiempo sino también con respecto al ambiente en que viven los grupos en los que se subdivide esa sociedad.

Así, en la medida en que la alta dirección toma decisiones y desarrolla prácticas relacionadas con un factor al que le da valor, crea un patrón de negocios basado en la elaboración de productos o prestación de servicios que correspondan a dicho valor.

Por su parte, cuando un jefe o líder de familia da valor a los patrones familiares, su familia lo transmitirá a la empresa y apreciará a los empleados que lo posean, ello determinará que la empresa verá por ellos y no tanto por quienes no lo compartan.

El patrón de dirección de empresa es mayormente percibido en la toma de decisiones y en los resultados, donde tiene un gran papel el miembro de la familia a quien el sector administrativo da mayor peso o reconocimiento (Longenecker et al., 2001).

En el campo de la consultoría, donde surgieron los primeros estudios de la empresa familiar, se presta gran atención a los valores y la cultura, que se clasifican en valores profesionales, valores personales y valores de relación, y a la necesidad de transmitirlos, lo cual genera una cultura organizacional basada en la familiar.

Buenas prácticas aconsejan diseñar un sistema de valores que defina y reúna aquellos valores que utiliza la empresa familiar para trabajar y relacionarse y la adopción de estrategias para preservarlos y transmitirlos.

Esto se puede lograr relacionando cada valor con conductas tipo, descritas por el Consejo Familiar, el organismo que se reúne periódicamente y regula las relaciones de la familia propietaria con el interior y el exterior de la empresa, el cual puede evaluar hasta qué punto dichos valores están instituidos en la empresa, y diseñar estrategias para difundirlos dentro de la organización y transmitirlos a las siguientes generaciones como la cultura de la empresa.

### *Relación de la cultura y los valores en la empresa familiar*

Detrás de toda empresa familiar hay siempre un sistema de valores particular que configura la esencia de la compañía y que se convierte en un elemento principal de su continuidad, sobre todo en los cambios generacionales. Los valores tienen un papel crucial en la creación de la cultura empresarial propia e inciden directamente en el concepto de negocio y en su aplicación a la gestión del mismo.

El sistema de valores es propio de cada familia, así que es único y particular en cada caso: de la misma forma que no hay dos familias iguales, no habrá dos empresas familiares idénticas ni valores y cultura únicos.

Estos valores derivan de unos principios que son los que dan identidad a la familia y permanecen inalterables, se transmiten de generación en generación, adaptándose a las circunstancias concretas de cada una de ellas. Los principios de la cultura son parte del genoma de la propia familia y se transmiten a través de la educación de los hijos de forma natural porque son la esencia que configura su identidad como familia. El mantenimiento de estos principios es crucial, porque son la base para el posterior desarrollo de valores y cultura de las siguientes generaciones familiares que formarán parte del negocio.

## **III - CRECIMIENTO Y CONTINUIDAD DE LA EMPRESA FAMILIAR**

### *La Profesionalización de la Empresa Familiar*

Es un hecho que una de las fallas de la empresa familiar se encuentra en dos aspectos que resultan fundamentales: la falta de una apropiada gestión de los recursos y su limitada capacidad para desarrollar estrategias competitivas. Rueda (2011) hace mención que se debe reconocer que los fundadores y empleados vinculados al entorno de la empresa familiar son en su gran mayoría trabajadores expertos en procesos operativos, la fuerte carencia en el aspecto administrativo empresarial se ha convertido en debilidad.

Según el Instituto de la Empresa Familiar un negocio de cualquier tamaño es empresa familiar si tienen además características derivadas de su gestión que pueden clasificarse en tres fases:

1. *Respecto a la propiedad:* Gran parte de ésta es de una familia, la que mantiene el poder y el control de la actividad empresarial.
2. *Respecto al poder:* Los miembros de la familia se dedican a la dirección de la empresa o en cargos de decisión en el consejo directivo.
3. *Respecto a la continuidad:* Siendo familiar, debe estar involucrado un elemento de herencia, en este caso se le identifica cuando en la empresa participan los miembros de una segunda generación familiar, es decir los hijos del fundador, por ejemplo.

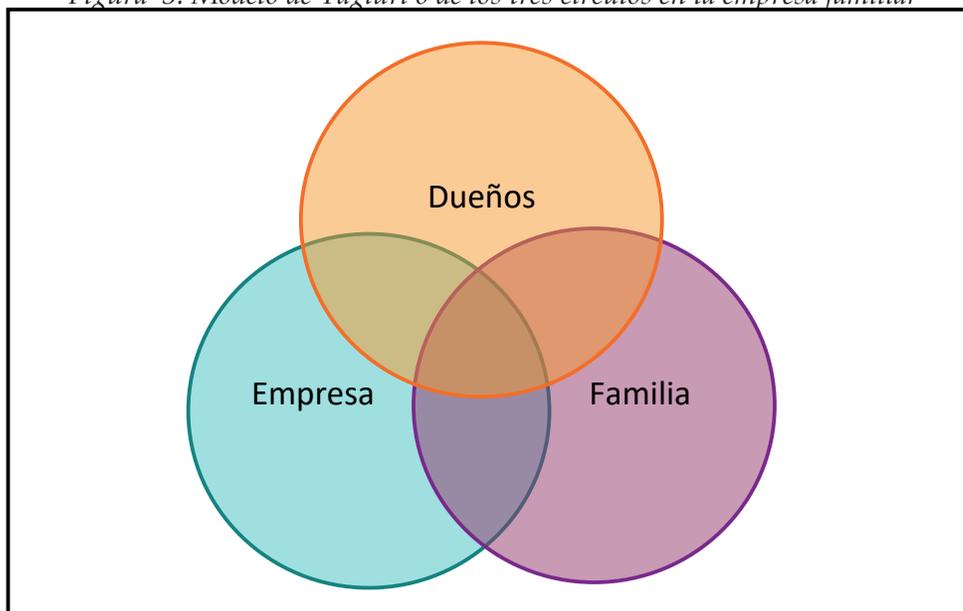
Ahora bien, dos de los grandes problemas que se identifican en este tipo de organizaciones son:

La dificultad para crecer y la continuidad sujeta a los ciclos de la familia. Resalta en algunos estudios que las principales causas para el cierre de las empresas se enmarcan en el problema de la vulnerabilidad del empresario frente al entorno y por factores críticos de planeación y administración.

En el caso de las empresas familiares, recae en la falta de preparación y capacitación del sucesor por no planearlo.

El modelo de los tres círculos (Tagiuri y Davis, 1982), es uno de los más empleados para describir distintas situaciones actuales y futuras de las empresas familiares. En este modelo cada círculo representa un grupo de personas, con particulares características en relación con la empresa familiar, y las intersecciones de los círculos los grupos de personas que poseen dos o tres de las tres características identificadas por el modelo.

*Figura 3. Modelo de Tagiuri o de los tres círculos en la empresa familiar*



*Fuente: Elaboración Propia con datos de Tagiuri y Davis, 1982.*

En esta propuesta todas y cada una de las personas que de alguna forma u otra tienen relación en una empresa familiar, pueden ubicarse en alguno de estos círculos y subconjuntos; también llamados 7 territorios.

Según coincidan en mayor o menor grado los tres círculos, es decir, estos se superpongan como atraídas por una fuerza de interacción, algo que suele ocurrir en primera y segunda generación, o se distancien como separados por una fuerza que los expulsa, como acostumbra a pasar en empresas familiares de gran tamaño, se estará frente a distintos tipos de empresas familiares, con características muy diferentes, por el número de protagonistas que en ellas trabajan o con ellas tienen relación (partes legítimamente relacionadas o stakeholders), por los distintos roles que desempeñan y sus diferentes intereses, así como por el contenido de las relaciones y actitudes que entre unas y otras personas se dan.

De tal manera que una vez que se determina que las empresas familiares tienen características únicas que las hace distintas a las otras organizaciones, se deben realizar algunas acciones que contemplen no solo el subsistema de la empresa, sino también los subsistemas de familia y de propiedad. (Belausteguigoitia, 2010).

La identificación de la forma en que operan los sistemas en la empresa se realiza mediante la aplicación del modelo de articulación dinámica de la empresa familiar, que para lograr su profesionalización, las empresas familiares deben analizar la forma en que operan los sistemas: empresa, familia y propiedad, a partir de ello tomar las acciones necesarias para alcanzar la profesionalización. Una forma de articular esto lo plantea Pérez (2008) y Belausteguigoitia (2010), quien propone el modelo de articulación dinámica.

De esta forma, el modelo de los tres círculos, sirve de base para ilustrar el modelo de articulación dinámica, en donde la empresa familiar ilustra el balance y la articulación que deben existir entre la propiedad la empresa y la familia. Ejemplificándose de la siguiente manera.

*Familia:* Este círculo representa esencialmente a las personas que pertenecen al mismo grupo sanguíneo que controla la empresa, a los cónyuges e hijos, incluidas sus necesidades, aspiraciones e inquietudes. La familia, como sistema, aspira a respaldar a cada uno de sus miembros y les brinda protección, cariño, seguridad, educación y recursos para su desarrollo.

*Empresa:* Una de las fuentes de apoyo que tiene la familia es la empresa, pues de ellas se obtienen recursos para financiar los gastos familiares. La empresa está constituida por las personas que trabajan en la organización (incluidos los miembros de la familia), sus instalaciones, productos y servicios. Por su parte, la empresa recibe el apoyo de la familia, pues algunos de sus miembros ocupan puestos, invierten recursos y capitalizan sus relaciones.

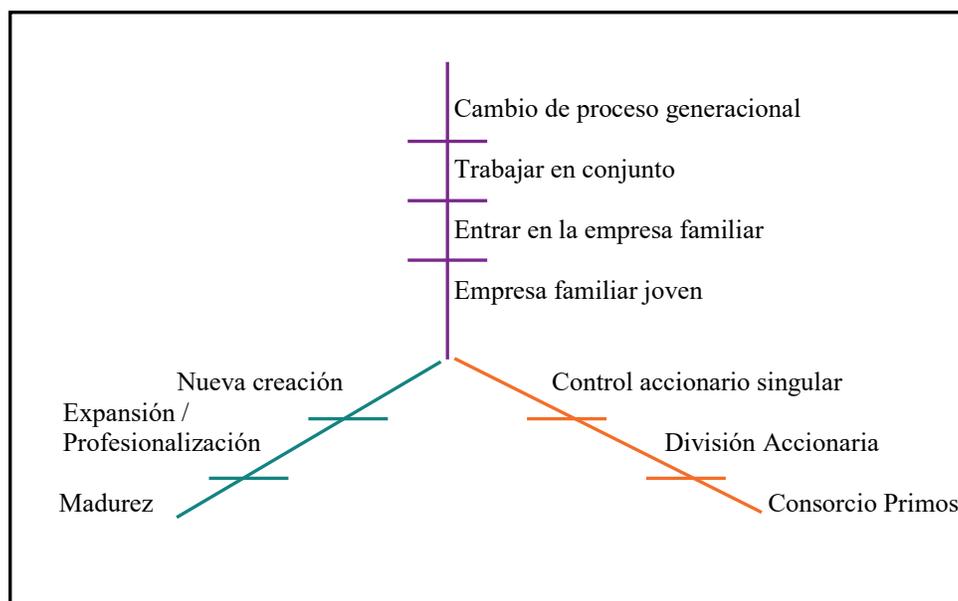
*Propiedad:* Belauteguigoitia (2010), para este punto hace referencia de una definición de Williams (1992), la propiedad de una organización es un tema de orden legal. La propiedad de un bien da el derecho de usarlo para obtener beneficios. En el caso de una empresa, esto implica que puede gozarse de las utilidades que ella proporcione o incluso intercambiarse.

Asimismo, el modelo plantea los subsistemas de empresa, familia y propiedad, que forman parte de la empresa familiar, los cuales deben articularse coherentemente, lo deseable es que exista una relación articulada entre los distintos subsistemas, lo cual va de acuerdo con los intereses de la familia y de la empresa, es decir, cada uno de los subsistemas tiene la misma dimensión. Sin embargo, esto no garantiza que los tres elementos estén bien articulados. Por lo tanto, de acuerdo con Meroño (2009), las empresas familiares tienen como particularidad la implicación de la familia en la propiedad y administración.

Estos aspectos condicionan el funcionamiento y los objetivos de la organización. Pero que en cualquier caso, son empresas y deben regirse por leyes económicas, esto quiere decir que debe prestarse la máxima atención a las cuestiones empresariales. Tal es así que gestionar adecuadamente los aspectos familiares tiene por fin menoscabar las reglas de funcionamiento de cualquier empresa.

Por ello, la interacción en el desarrollo que proponen Gersick, David y Landsberg (1997) para dimensionar a la empresa familiar, puede ser un enfoque adicional al propuesto por Tagiuri. El modelo de tres dimensiones se puede consultar en la Figura 4.

Figura 4. Modelo de desarrollo de la empresa familiar en tres dimensiones



Fuente: Elaboración Propia con datos de Gersick, David y Landsberg, 1997.

Considerando la interacción de todos los factores, es imprescindible fijar como objetivo la profesionalización de la gestión (Meroño, 2009). Con frecuencia se entiende erróneamente que profesionalizar consiste en incorporar a las responsabilidades directivas a personas ajenas a la familia, por tanto, es preciso definir lo que significa profesionalización que no es otra cosa que disponer de directivos (familiares o externos) y sistemas de gestión que permitan las decisiones y el funcionamiento más eficaz y eficiente. Considerando también la independencia de la pertenencia a la propiedad familiar (Meroño, 2009).

#### *Profesionalización en la Gestión de las Empresas Familiares*

Una organización puede ser de propiedad familiar, estar administrada por la familia y ser profesional al mismo tiempo. El profesionalismo nada tiene que ver con categorías, sino con actitudes y comportamientos personales.

De hecho, es posible que los miembros de la familia que posean la combinación apropiada de cualidades tengan ciertas ventajas al administrar el negocio, en especial para asegurar a los principales interesados, familiares accionistas, empleados, clientes y proveedores, que la empresa es estable y pueden confiar en ella. Por lo tanto, no hay que caer en la trampa de suponer que para hacer más profesional una empresa hay que deshacerse de los empleados familiares.

Con una concepción más amplia, se define la gestión profesional como aquella que por un lado, cuenta con una dirección capacitada con independencia de su pertenencia a la familia propietaria y por otro lado, con un sistema de administración adecuado. (Meroño, 2009).

De acuerdo a lo anterior el primer elemento que se debe analizar es el diseño organizativo, tomando en cuenta el perfil del propietario/gerente elemento la estructura organizacional, el tamaño de la empresa, su antigüedad, su proporción en cuanto al número de empleados y la dirección si es por la familia o por un directivo ajeno a la familia, la cultura organizacional y el liderazgo.

De esta forma se puede definir a la profesionalización como el grado óptimo alcanzado por una empresa cuando sus sistemas organizativos y sus procedimientos de trabajo están bien desarrollados y sistematizados de acuerdo a las necesidades de la empresa familiar. Esto quiere decir que sus estructuras organizacionales, sus métodos de conducción y el manejo de personal están estructurados acorde a los objetivos de la organización y sometidos a una rigurosa evaluación (Girardo, 2001).

Asimismo, Belasteguigoitia (2010) comenta que la profesionalización es un proceso de transformación gradual que implica un cambio de mentalidad en cada uno de los elementos de la organización.

Rueda (2011), describe que en definitiva, la empresa familiar tradicional debe reflexionar lo antes posible sobre la importancia que representa el adoptar procesos de profesionalización para la organización, lo cual puede ser entendido como un elemento fundamental para la transformación y evolución de la organización hacia niveles de mayor productividad y competitividad, a la vez que se favorece su permanencia en el mercado en condiciones adecuadas tanto para propietarios familiares, empleados y futuras generaciones.

Rueda (2011), también menciona las razones que deben motivar la profesionalización de la empresa familiar, siendo la razón fundamental el contexto actual de competitividad que se genera a partir de la globalización y las condiciones variables del mercado. En este sentido autores como Drucker (2006) y Ward (2006), reconocen en la profesionalización una de las mejores herramientas estratégicas frente a las amenazas que enfrentan las empresas familiares hoy en día. Por este motivo la profesionalización debe estar enfocada a estructurar programas de formación asociados a las necesidades de administración que la propia empresa familiar requiera, incluso considerando directivos internos o externos, consejeros independientes, etc.

De acuerdo con Belausteguigoitia (2010), la profesionalización es un proceso de transformación gradual que implica un cambio de mentalidad en cada uno de los elementos de la organización.

Para que esto sea eficaz, deben comprometerse aquellos que se encuentran en las máximas posiciones jerárquicas. Para cualquier empresa la profesionalización significa un gran reto, pero para las empresas familiares, que suelen dejarse llevar por la operación del día a día, les cuesta más trabajo transformarse.

El largo periodo que ocupan los directores generales en este tipo de organizaciones es un factor que puede inhibir los cambios que exige la profesionalización. Por lo tanto, la profesionalización es un proceso de cambio gradual, que se va conociendo y entendiendo mejor a través de las diferentes etapas por las cuales suele atravesar una empresa familiar y tomar en cuenta los factores de contingencia que inciden en su profesionalización.

De tal modo que los factores de contingencia, son aquellos estados o condiciones organizativas que están asociados al uso de ciertos parámetros de diseño y llevan al proceso de profesionalización.

El diseño organizativo en las empresas familiares debe enfocarse para contemplar una estructura que le permita el control y la toma de decisiones tanto desde una perspectiva de negocio como familiar sin perder de vista la forma en que siempre ha operado (Meroño, 2009). El perfil del directivo/propietario, la edad y el tamaño, tomando en cuenta la dimensión, ubicación geográfica de la organización; son factores que tienen que considerarse.

Generalmente entre mayor antigüedad tenga la organización, más formalizado estará su comportamiento y entre más grande sea la organización, más compleja será su estructura, es decir, más especializadas estarán sus tareas, más diferenciadas sus unidades de trabajo y su componente administrativo.

De tal manera que, en una estructura robusta, se establece la especialización del trabajo y se requiere la definición de la jerarquía de autoridad, la formalización de una estructura que permita planificar y formalizar el trabajo, definir el crecimiento, desarrollar la empresa, establecer procesos y mecanismos para realizar su proceso de profesionalización.

#### IV - EL PROCESO DE SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

La sucesión es la última prueba de una empresa familiar, el paso de la primera a la segunda generación es de los más difíciles, es conveniente que se realice mientras el fundador está activo y puede ayudar en la organización del proceso.

Por este motivo el objetivo general de contar con un proceso de sucesión, es elaborar un modelo de capacitación en aspectos económicos, administrativos, técnicos y valores familiares para lograr un proceso de sucesión exitosa y se pueda tomar la decisión de elegir al sucesor en la empresa familiar.

De esta forma, con apoyo del fundador, el sucesor aprenderá que el éxito de la empresa no es fortuito, sino que se requiere identificar los principios del trabajo, sin esto difícilmente se puede llegar lejos o continuar y en casos extremos acabar por completo con lo que hasta el momento se ha logrado en la empresa familiar.

La problemática que viven las empresas familiares constituidas como sociedades mercantiles, es la sucesión cuando ya está el fundador terminando su ciclo laboral o vital y se debe preparar para elegir adecuadamente el posible candidato o candidatos de la sucesión.

Algunos fundadores trabajan hasta el día de su muerte y nunca planean su retiro dejando problemas familiares sin desearlo, tal como sucede cuando no se realiza un testamento. Es uno de los temas más importantes, delicados y costosos, lamentablemente se le brinda poca atención, porque no se dedica el tiempo adecuado ni el momento para preparar al sucesor que va a ocupar el lugar del fundador o bien, el cambio generacional.

Por falta de integración en el núcleo familiar, algunos fundadores se lamentan porque fueron exitosos en sus empresas no siendo así en la familia, por eso se recomienda dedicar tiempo a sus futuros sucesores, ya que, si dan la prioridad a preparar adecuadamente a sus sucesores para el liderazgo, se logrará no solo la estabilidad sino la continuidad y éxito, cumpliendo así con sus deseos de permanencia de la empresa. Incluso, se deberá evaluar la posibilidad de que, aun existiendo posibles sucesores, ellos no deseen participar en la empresa familiar.

Por ello, es necesario definir los roles tanto del fundador como de sucesor:

##### *Fundador de Empresa Familiar*

Generalmente las empresas familiares inician con el fundador para atender una necesidad del mercado, quien ve en dicha necesidad una oportunidad de empezar un negocio, el fundador inicia la empresa familiar en forma modesta por carecer de suficientes recursos, en esta primera etapa la empresa depende totalmente del fundador para sobrevivir, este ciclo es cuando la mayoría de los negocios pequeños mueren. Cuando el crecimiento es mayor se requiere que se establezcan procedimientos institucionalizados. Significa que el fundador ve muy limitado su objeto y es cuando aplica la visión de un mayor crecimiento reestructurando la empresa familiar a largo plazo en la búsqueda de diversificar el mercado. En la mayoría de las empresas familiares modernas no se da prioridad al desarrollo de los líderes futuros, aun cuando deseen la continuidad, pocos fundadores preparan adecuadamente a sus sucesores para el liderazgo, por el contrario, algunos adoptan diferentes prácticas que rara vez capacitan al sucesor para los retos que le depara el futuro en la dirección de la empresa familiar. (Aronoff, Ward, & Rosas, 2000). Precisamente estas son las causas que algunas empresas familiares mueren por que no existe preparación para los futuros sucesores. (Amat, 2004)

### *Sucesor de Empresa Familiar*

El crecimiento genera más complejidad, demanda la necesidad de nuevos líderes capaces de sacar adelante la empresa familiar al enfrentar nuevos retos para el futuro sucesor, se requiere contar con los elementos de: preparación, experiencia, liderazgo y valores integrales, cuando el sucesor no tiene el talento que se requiere se tendrá un costo, considerando que la empresa familiar perderá competitividad. (Leach, Duncan, Ball, & Perry, 2003). Por lo general entre los 25 y 35 años de edad, el sucesor necesitará cultivar las habilidades empresariales que establecen las bases de su futuro liderazgo, por lo que se necesita un plan de desarrollo personal.

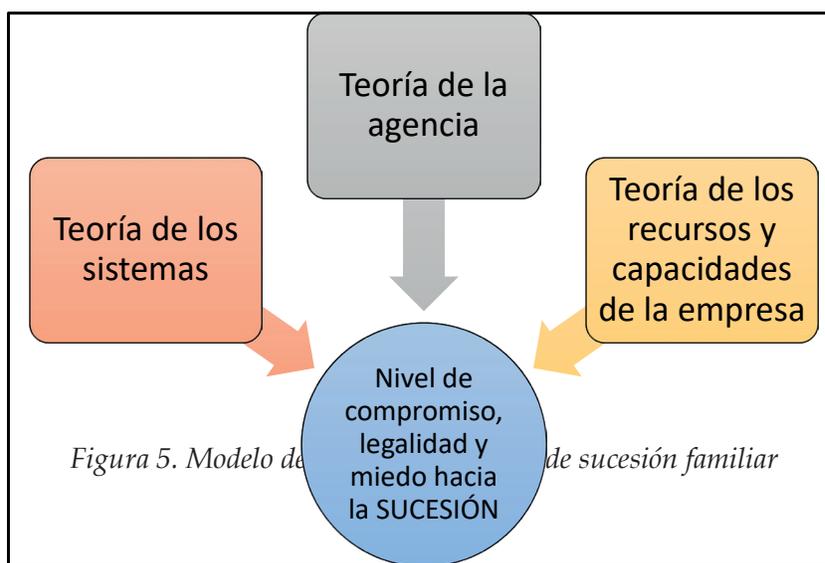
Sin embargo, las experiencias de desarrollo que da el involucramiento en el trabajo diario de la empresa, son eventos imposibles de planear o predecir en conjunto y moldean a un ejecutivo maduro y sensato, ya que son obstáculos que no figuran en ningún plan ni organigrama (Aronoff, et al., 2000). Los padres pueden preparar a sus hijos desde temprana edad para que se conviertan en posibles sucesores que mantengan su integridad, pero también deben considerar que no necesariamente será del interés de los hijos darle continuidad al negocio familiar.

El sucesor debe dedicar tiempo suficiente en aprender la historia de la empresa familiar, concentrarse en las cuestiones estratégicas, en hechos fundamentales y bases para la toma de ciertas decisiones. (Aronoff, et al., 2000). Es imprescindible planear su entrenamiento y formación dentro de la empresa y en los primeros años aprender tanto como sea posible y desarrollar un plan estructurado y que represente una experiencia de aprendizaje significativo en el contexto del plan.

Leach, Duncan, Ball, & Perry, (2003), proponen que el principal aspecto es identificar a la persona sucesora, conocer su entorno, determinar candidatos de alto potencial para asumir la responsabilidad, ya que el sucesor debe contar con el perfil, liderazgo y capacidad para cumplir con el cometido de la empresa familiar que es: desarrollo y subsistencia de la familia y la empresa.

Sin embargo, a pesar de tantas opciones que visualiza el fundador simplemente puede eludir el planteamiento de la sucesión, al adoptar la opción de dejar pasar el tiempo, la que es considerada la más costosa y destructiva de todas las opciones, pero es la más difundida. (Leach, Duncan, Ball, & Perry, 2003).

*Figura 5. Modelo de análisis del proceso de sucesión familiar*



*Figura 5. Modelo de análisis del proceso de sucesión familiar*

Fuente: Elaboración Propia con datos de Leach, P. (2009).

### *Preparación del Sucesor*

La continuidad de la empresa familiar depende de educar adecuadamente a los sucesores, reforzando los valores y actitudes de la familia empresaria. La relación entre el padre y el hijo, es el mejor sistema de educación, ejemplo de promover la transmisión de los valores empresariales y de ilusionar e involucrar para su futura incorporación en la empresa familiar.

La experiencia demuestra que la figura del fundador influye de manera compleja y singular en el desarrollo emocional e intelectual de los hijos, para lo cual existen elementos esenciales que este debe transmitir con equilibrio, como son: amor, ejemplo de sus padres, inculcar valores y disciplina. Estos elementos ayudan a desarrollar una sana autoestima que contribuye a su seguridad para el futuro directivo.

La formación del futuro sucesor es un proceso de toda la vida, el fundador debe involucrar a sus hijos en sus empresas de acuerdo a su capacidad y edad desde que los hijos tienen conciencia, los padres deben transmitir los valores integrales, prepararlos con responsabilidad para el futuro de la empresa familiar (Leach, Duncan, Ball, & Perry, 2003).

La capacitación que reciban los miembros de la familia debe ser integral e incluyente para tener la plena seguridad que se está conduciendo por el camino correcto, que todos los miembros estén de acuerdo en las decisiones del fundador y que pueden surgir otros candidatos tanto en el ámbito familiar como empresarial.

Las empresas familiares tienen un trayecto y una experiencia muy arraigada, no obstante, cuando llegan nuevas generaciones con otras ideas, algunos acuerdos a veces dejan de ser respetados (Baqueiro y Buenrostro, 2004). Por esta razón es indispensable contar con el protocolo familiar para respetar los acuerdos establecidos cuando ya no se encuentre el fundador y la visión de beneficiar el entorno general de la empresa familiar.

Algunas características que pueden ser útiles para identificar al sucesor son: conocer el perfil deseado del sucesor, que sea capaz de enfrentar las necesidades de la empresa y exigencias de la familia simultáneamente.

La formación del sucesor dentro de la empresa familiar no debe limitarse exclusivamente a un grado académico, debe considerarse como un proceso que tomará tiempo. Normalmente una sólida preparación se obtiene perfeccionando las habilidades en la empresa familiar y actualizándose constantemente en capacidades técnicas necesarias. La formación universitaria brinda oportunidades para adquirir destrezas importantes y aprender dentro de la empresa familiar.

Aronoff, et al., (2000), comenta que para el sucesor es esencial cultivar estas habilidades: Liderazgo, aceptación del cargo, formación, involucrarse en la empresa, adquirir experiencia fuera de la empresa, involucrar a todos en sus objetivos, comunicación, planeación, organización, solución de problemas y toma de decisiones.

El futuro sucesor debe prepararse para un puesto que aún no existe y que se crea en una época que nadie puede prever con seguridad. Debido a que las empresas cambian con tanta rapidez, los sucesores no solo deben prepararse para administrar la empresa familiar sino también para la rehabilitación estratégica y continuidad durante su gestión.

Una vez definido el perfil deseado del sucesor que será capaz de enfrentar las necesidades de la empresa y cumplir con las exigencias de la familia, se establecerán las reglas que se aplicarán para seleccionar al futuro sucesor, deben estar escritas como evidencia que existen, así como criterios que ayudan a planificar cada etapa del proceso. A esto se le conoce como el plan de sucesión.

Guinjoan Farré & Llauradó, (2000) comentan que el sucesor debe ser visionario, motivador, comunicador, capaz de identificar las oportunidades donde otros no la ven, y vigilante del

cumplimiento de la estrategia; pero a la vez, debe reconocer cuando requiere de apoyo y soporte, tanto del consejo administrativo de los accionistas, expertos internos y externos a su empresa y del resto de sus colaboradores (Calleros, 2008).

El candidato a la dirección debe entonces recibir formación de acuerdo a las necesidades de la empresa, adquirir experiencia en otras empresas para conocer a profundidad la empresa familiar, relacionarse con el personal, saber que muy pronto será el sucesor o líder de la empresa, la experiencia ayuda a identificar si es capaz de afrontar el reto o decidir desistir (Guinjoan, Llauradó, & e-libro Corp, 2000).

Cuando el fundador esta emocionalmente comprometido con la empresa y desea que la empresa continúe con sus hijos es algo positivo, pero no siempre se puede forzar una transición cuando no existen las condiciones requeridas o los candidatos no desean participar. Tal vez ninguno de los hijos tenga la capacidad para manejar la empresa o lo quiera hacer.

De esto se concluye que, para la formación del sucesor, el fundador debe dedicar tiempo y esfuerzo y desarrollar un plan de sucesión que deberá ponerse en práctica paulatinamente.

## V - EL GOBIERNO CORPORATIVO EN LA EMPRESA FAMILIAR

### *Profesionalización y buenas prácticas en el manejo de la empresa familiar*

Para la correcta aplicación de los principios de profesionalización de la empresa familiar, antes de iniciar con el gobierno corporativo aplicado a este tipo de empresas, es conveniente definir una serie de conceptos que sirvan de apoyo para el manejo de las empresas con participación familiar, a continuación, se describen algunas buenas prácticas de negocio:

- Dirección general

En caso de que la dirección general sea ocupada por un miembro de la familia, es importante que el consejo de administración tenga participación de miembros no familiares, que el director general forme o no parte de dicho consejo y que los temas de evaluación de desempeño, designación y remuneración de directivos relevantes sea facultad de dicho consejo. Esto logrará independencia en las decisiones apegadas a las necesidades de la empresa familiar y des

- Contratación de familiares

Es una buena práctica definir lineamientos que permitan la contratación de familiares siendo recomendable que este procedimiento indique el cumplimiento con el perfil requerido para el puesto y los aspectos específicos a cubrir para asegurar que las necesidades del negocio y de las áreas operativas se antepongan al vínculo de parentesco.

- Remuneraciones y bonos familiares

Los familiares que participen actualmente en la administración, deberán ser evaluados, remunerados y dirigidos o supervisados por personal no familiar. En caso de que exista algún tipo de imposibilidad para llevar esto a cabo, el consejo de administración y particularmente los consejeros independientes, deberán vigilar que tales procesos se lleven a cabo objetivamente y sin conflictos de interés.

- Participación accionaria de la familia

La participación de la familia empresaria en la posesión de acciones para la gestión de empresa debe ser regulada, también se debe vigilar la presencia de otras familias con varios miembros en la organización. La presencia descontrolada de familias en niveles gerenciales y directivos suele ser una fuente importante de conflictos de interés y de falta de cohesión y coordinación laboral además de que se debe tener presente la forma en que se repartirán acciones a futuro tanto a nuevos familiares entrantes como a familiar política que se incorporará cuando miembros familiares contraigan matrimonio.

- Políticas de capital humano en la familia

La problemática resultante del trabajo cotidiano entre familiares deberá estar regida en la parte laboral por las políticas, procedimientos y jerarquías corporativas. Cualquier problema o incidente de índole familiar deberá ser turnado al Consejo Familiar para su solución. Es común que la política de capital humano no aplique en la empresa familiar para los miembros de la familia, si esto llega a suceder, es necesario que existan reglas claras de actuación y de casos de controversia que se puedan presentar. Un ejemplo de ello es saber cómo proceder cuando se tenga que prescindir de los servicios de un familiar.

- Relación con stakeholders

Es preciso vigilar constantemente cualquier operación con partes relacionadas que involucre a familiares. Por ello es necesario contar con reglas y políticas de actuación de la familia empresaria ante las partes legítimamente interesadas. ¿Quién hablará a nombre de la familia y qué debe decir?, es algo que normalmente las empresas familiares no dan mayor importancia pero que es fundamental conforme la empresa crece y se desarrolla.

Si bien es cierto que muchas empresas han institucionalizado sus operaciones al impedir el acceso de familiares en la vida diaria de la empresa y puedan con ello iniciar la profesionalización de los puestos clave, también es cierto que los familiares muchas veces actúan e influyen mediante empresas proveedoras, asesoras o de soporte a la operación.

La vigilancia de dichas operaciones relacionadas deberá ser facultad expresa del consejo de administración y deben existir reglas claras con procedimientos de actuación.

Este compendio introductorio de buenas prácticas de gestión en la empresa familiar son ejemplos de lineamientos y mecanismos de solución que se han implementado en diversas compañías que han enfrentado problemas de administración debido a la influencia de familiares, lo cual muchas veces se convierte en un factor que dificulta la toma de decisiones cotidianas y es fuente de gran frustración en el personal operativo no familiar de todos los niveles.

Si bien estas buenas prácticas no son exhaustivas ni pretenden ser reglas generales aplicables a todo tipo de empresas, cada empresa familiar debe establecer sus criterios específicos y adaptables a la cultura y valores familiares y a los problemas que se visualizan como probables.

La solución pronta y oportuna de tales conflictos resulta ser a un factor clave de éxito de las empresas familiares y para una fuente de armonía entre los miembros de la familia y el personal operativo, toda vez que el fracaso de las empresas familiares muchas veces va acompañado del fracaso de las familias empresarias.

### Órganos de Gobierno de las Empresas Familiares

Los órganos de gobierno son figuras constituidas en la empresa familiar que tienen como finalidad ayudar a la familia empresaria a desarrollar su visión en acciones concretas durante la operación del negocio. Son estructuras que se crean, tanto para mantener la armonía familiar y alcanzar los objetivos empresariales como para incrementar el valor de su patrimonio.

Existen diversas modalidades jurídicas para constituir sociedades, pero por lo general, gran parte de las empresas familiares no se crean bajo un régimen de sociedad mercantil.

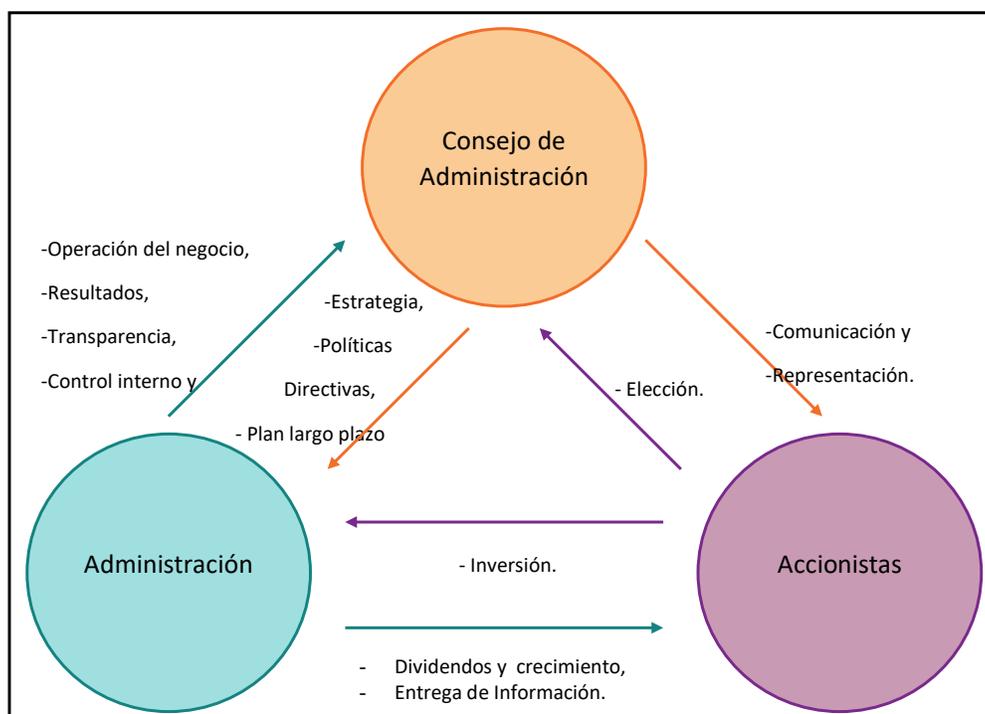
Si lo hicieren de esa forma, ésta figura (la de sociedad mercantil) obliga a contar al menos con un consejo de administración y una asamblea de accionistas, quienes deben reunirse legalmente cuando menos una vez al año. Recientemente han surgido figuras como el consejo familiar, el cual ha logrado gran aceptación en las empresas familiares ya que integra la visión de un consejo directivo en la familia.

De esta forma, la asamblea de accionistas es el órgano supremo de gobierno de una empresa y constituyen un foro en el cual los propietarios abordan diversos temas para fijar posiciones con respecto a la empresa que poseen.

El consejo de administración se encarga de defender los intereses de los accionistas, que son expuestos en las asambleas. Por ello, el consejo familiar surge de la asamblea familiar, articula formalmente y en una manera organizada los deseos e intereses de los miembros de la familia con respecto al negocio.

La asamblea de accionistas, el consejo de administración y el consejo familiar son mecanismos de articulación entre los subsistemas de propiedad, familia y empresa (Belausteguigoitia, 2004). La manera como aparecen y se unen, está representada en la Figura 6.

Figura 6. Interacción de los órganos de gobierno en la empresa familiar



Fuente: Elaboración Propia con datos de Belausteguigoitia, (2010).

En la figura 6 se describe de manera gráfica la interrelación que guardan los órganos de gobierno constituidos en la empresa familiar. Lamentablemente en muchas organizaciones, estos órganos de gobierno rara vez operan en la práctica como deberían hacerlo.

Es muy común que las asambleas familiares se conviertan en comidas de la familiar en lugar de mesas de trabajo y de asuntos de negocio. Al no llevarse a cabo de manera formal las juntas y asambleas, se pierde una gran oportunidad de participación de los miembros de la familia, donde escuchen y sean escuchados, donde den a conocer sus dudas e inquietudes, sus ideas y propuestas de la operación del negocio.

Por desgracia, en un gran porcentaje de empresas familiares no operan los órganos de gobierno por alguna de estas razones:

- Desconocimiento de su gran utilidad
- Por su costo, que para algunas empresas lo consideran innecesario
- Porque a los dueños y fundadores no les gusta que los controlen y que alguien les contradiga
- Porque los dueños piensan que pierden autoridad si consultan a alguien y comparten responsabilidades
- Porque el consejo familiar puede implicar una importante inversión de tiempo

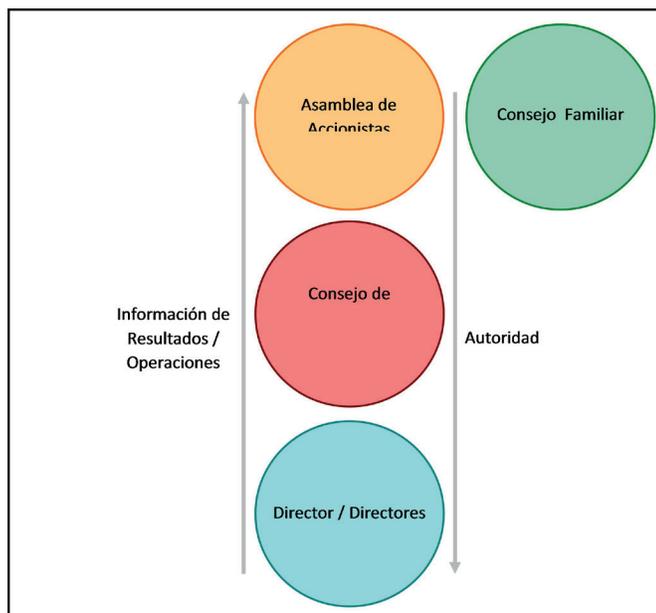
#### *Asamblea de Accionistas*

Es el órgano de gobierno más importante de todos, dado que se trata del foro de quienes son propietarios de la organización. La visión, los valores y los intereses de los accionistas, que en el caso de estas organizaciones suelen ser miembros de una misma familia generalmente, deben ser tenidos muy en cuenta por el consejo de administración y deben ser puestos en práctica por quienes se encargan de la gestión de la compañía.

La asamblea de accionistas da importantes directrices para el manejo de la compañía que se deben tomar en cuenta en la operación cotidiana. Dentro de los temas que se abordan en las reuniones están:

- Decisión sobre mantener el control de la empresa en manos de la familia
- Decisiones de carácter estratégico
- Ramas de negocio en los que les interesaría ingresar o evitar
- Evaluación de los consejeros y directores de la empresa

Figura 7. Relación de autoridad en la empresa familiar



Fuente: Centro de excelencia en gobierno corporativo (2005)

### Consejo de Administración

En las empresas los consejos de administración se pueden ver como figuras fundamentales ya que estos dan al empresario una visión innovadora y pueden asesorarlo cuando el rumbo del negocio no es claro. El consejo de administración obliga a llevar una planeación sistemática de la operación del negocio y puede hacer que los consejeros sean críticos y asesores de la dirección general.

Las empresas familiares pueden encontrar solución a muchos de sus problemas si implementan de manera sistemática un consejo de administración el cual opere con regularidad y eficacia. Normalmente, algunos de los aspectos que se pueden abordar en las juntas de consejo de administración son:

- Revisión del funcionamiento de la organización
- Formulación o aprobación de los planes estratégicos y el cumplimiento de los objetivos
- Asesoramiento a la dirección general y a su equipo directivo
- Aprobación de la gestión directiva incluidos los presupuestos y estados financieros

Además de los órganos de gobierno anteriores, en las empresas familiares se pueden contemplar otros órganos de gobierno distintos que tengan carácter familiar, tal es el caso de la asamblea familiar y el consejo de familia.

Es frecuente la existencia de otros entes que apoyan la actuación de estos órganos de gobierno, como el consejero independiente, quien aporta de manera externa a la empresa familiar visión de problemas y soluciones que sean adecuados a la organización, así como resolver los conflictos que pudieran presentarse.

### *Consejo de Familia*

Dentro de la estructura del protocolo familiar, el consejo de familia es el órgano ejecutivo y de gobierno de la familia en relación con la empresa, normalmente no tiene facultades formales para decidir en nombre de la misma, pero es el máximo órgano de gobierno de la actuación de la familia en el negocio.

Suele estar integrado por el fundador de la familia y por las cabezas de cada rama familiar (es decir, el padre, los hijos, hermanos del fundador o bien, familia directa). Tiene la obligación de mantener actualizado el protocolo familiar y de aplicarlo correctamente.

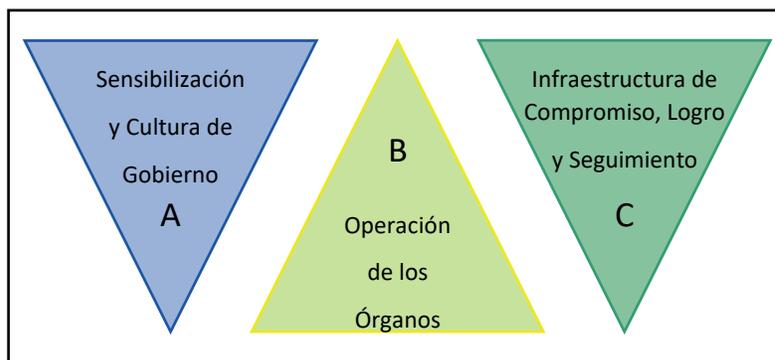
Entre sus funciones principales se encuentran:

- Control familiar de la empresa
- Definición de los intereses de la familia con respecto a la empresa
- Requisitos de la contratación de familiares
- Formación del plan de sucesión
- Elaboración del protocolo familiar
- Hacer cumplir el protocolo familiar
- Servir de mediador y proponer soluciones a los posibles conflictos entre miembros de la familia

El consejo de familia no tiene funciones específicas, más bien, cada familia empresaria define sus funciones. Por ello, este consejo puede tomar decisiones sobre todas las cuestiones o requisitos que le atribuya el protocolo familiar.

Normalmente resulta conveniente regular en el protocolo familiar algunos aspectos relativos al funcionamiento y composición del consejo de familia con la finalidad de que exista una respuesta eficaz ante los problemas que puedan suscitarse entre la familia y los órganos de gobierno de la empresa familiar. A manera de ejemplo, debe estar regulada la forma de contratar y despedir a un miembro de la familia.

Figura 8. Pasos para instaurar gobierno corporativo en la empresa familiar



Fuente: Corporación Internacional de Finanzas (IFC por sus siglas en inglés).

### *El protocolo familiar*

El protocolo familiar tiene sus antecedentes a finales del siglo pasado. Normalmente existía de manera implícita en toda organización, es decir, era lo que el fundador de la familiar expresaba abiertamente acerca de la actuación de la familia en el negocio.

Tal información no requería documentarse por escrito, se expresaba en la forma de actuación del líder familiar a lo largo de su vida. Desafortunadamente con el paso del tiempo y con la pérdida en ocasiones fortuita de líderes de empresas familiares, los sucesores no tenían muy claro cuáles eran todas las reglas establecidas.

También sucedía mucho en las empresas familiares que sus integrantes eran en su mayoría miembros de la familia y casi no incluían socios externos a la familia dado que la apertura de mercados era mucho más limitada que en la actualidad.

La operación del negocio era en muchas ocasiones empírica y no se vía necesario poner reglas por escrito aunque ello llevaba en muchas ocasiones a generar dificultades en la interpretación de la actuación diaria en el negocio. La aparición de capitales externos a la familia dio origen a considerar reglas escritas de negocio y en particular en la empresa familiar.

Desde principios del siglo XXI, el concepto de familia empresaria ha trascendido al ámbito empresarial originando nuevas formas de operar negocios que tradicionalmente solo manejaban familiares y también la inclusión de nuevas generaciones ha dado origen a tratar de profesionalizar este proceso, dejando por escrito las reglas de actuación.

De esta forma, el protocolo surge como consecuencia de que la familia no debe separar la planeación del negocio de la visión y planeación de la familia. Normalmente estos planes deben ser complementarios dando forma única a la actuación de la empresa familiar y profesionalizando su actuación, por ello la importancia de contar con un manual de actuación denominado protocolo familiar.

### *Integración del protocolo familiar*

El protocolo familiar es el documento escrito que enuncia en forma clara los valores y la relación entre familiares y sus políticas con respecto a la empresa. El protocolo es ante todo un documento de la familia, pero preparado intencionalmente en dirección al negocio familiar.

Con el protocolo familiar, la familia establece una misión que ha de guiar las relaciones familiares y los de negocio.

Su elaboración debe realizarse con paciencia y es un proceso que debe meditar por sus efectos a largo plazo (puede llegar a diferentes generaciones de la empresa familiar).

Contar con un protocolo familiar no garantiza que la familia empresaria quede libre de problemas, sin embargo, define un camino para solucionar las adversidades.

#### *Elementos de un protocolo familiar*

Hacer realidad el protocolo familiar requiere tener en cuenta factores previos que deben conocerse por todos los miembros de la familia. Su aceptación fomentará un ambiente de cohesión familiar y de respeto mutuo. Algunas de las buenas prácticas para desarrollar un protocolo familiar son:

- Valores de la familia

Si bien es cierto que los valores varían de familia a familia, cada una posee al menos algunos que son los que la mantienen integrada y favorecen las buenas relaciones. Estos valores claves deben ser aprovechados para darle fuerza a la familia frente a las variables que se manejan en la empresa. Debe haber en toda la familia una permanente preocupación por enseñar y transmitir las creencias y valores de la familia en el negocio.

- Libertad

Todos los miembros de la familia implicados en la empresa deberán tener la libertad suficiente para expresar su pensamiento en las asambleas familiares. Ninguna persona deberá tener preferencias sobre otra a la hora de dar oportunidades para expresar lo que se desea. También es importante tener claro que en ninguna circunstancia debe haber presiones y todos deben sentirlo de esta forma, pues lo que se busca es el bien para todos.

- Pacto de honor

El protocolo familiar debe ser un pacto de honor, un pacto entre todos los miembros de la familia que lo firman. Este compromiso es ético y normalmente no tiene carácter legal a menos que la propia familia lo decida así. Cada implicado en la familia debe apoyar los términos convenidos y si al pasar el tiempo no está de acuerdo con algunos de ellos, presentará su propuesta cuando la asamblea familiar se reúna, dando origen a que un protocolo familiar debe ser flexible.

- Relación intrafamiliar

Es indispensable que al comenzar el proceso de elaboración del protocolo la familia se cuente con un ambiente de armonía en la familia. El protocolo no debe desarrollarse en momentos en que existan conflictos de poder. Por el contrario, hay que aprovechar los períodos de unidad familiar y empresarial y debe prepararse y desarrollarse cuando aún no han surgido problemas graves en el sistema empresa – familia, no debiendo esperarse a que estos aparezcan y tomen fuerza para poder arrancar.

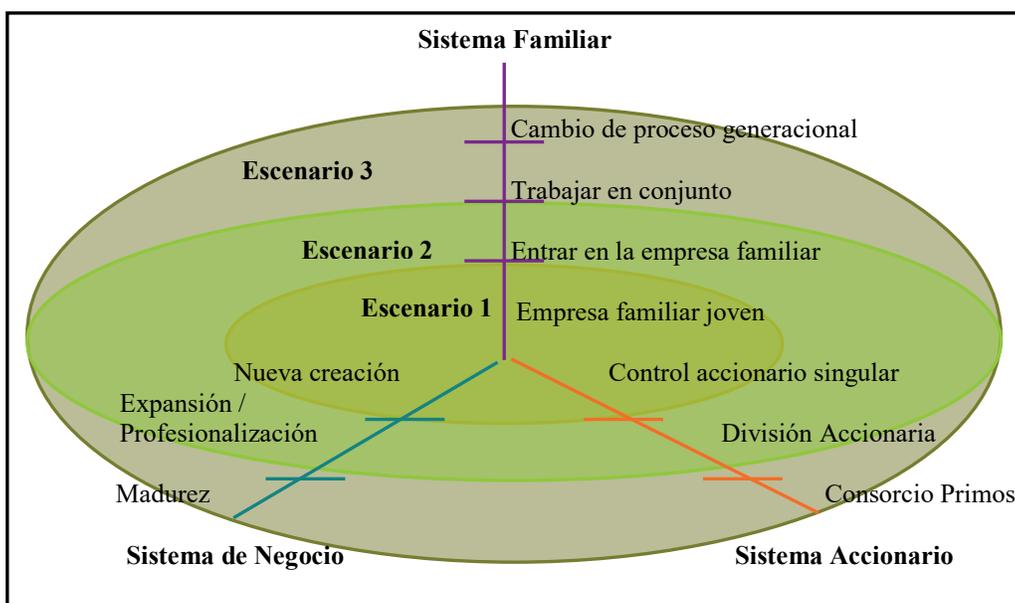
#### *Estructura de un protocolo familiar*

El protocolo debe acoger tantos asuntos como la familia propietaria crea conveniente y haya considerado en las reuniones de la asamblea familiar. Es un documento que cada familia empresaria debe meditar tanto para su contenido como para su implementación.

Por ello, el contenido dependerá de la misma familia, de sus creencias, sus valores, su cultura, del momento en que se realice y de lo que deseen respecto a la empresa y respecto a sí mismos.

No debe ser tan breve que deje a un lado aspectos importantes para el sistema familia y empresa ni tan detallado que haya que sujetarse permanentemente a sus indicaciones inflexiblemente, necesariamente debe ser una guía flexible.

Figura 9. Escenarios evolutivos del gobierno corporativo en la empresa familiar



Fuente: Elaboración propia con datos de Tagiuri R. & Davis, J. (1982)

Por ello, el protocolo familiar debe exponer las políticas de la empresa, la relación de la empresa y la familia, los valores a transmitir a los miembros más jóvenes y a las generaciones siguientes, la relatoría de los esfuerzos y sacrificios que se está dispuesto a hacer por parte de los miembros de la familia.

También debe considerar la apertura o restricción en la entrada de miembros de la familia, la participación de la familia en el manejo de los negocios, las formas de mantener las buenas relaciones, resolver los conflictos y mantener la armonía.

En la parte de inclusión de políticas debe considerar las políticas de compensación, incluida la de distribución de utilidades, los procesos para el alcance de metas personales y profesionales de cada miembro de la familiar, la adquisición sobre la propiedad del capital y su transmisión, así como la sucesión de la propiedad.

En ocasiones es oportuno planear lo que sucederá en situaciones en las que se consideraría dejar de ser empresa familiar, la posibilidad de fusiones, alianzas estratégicas, joint venture, etcétera.

Respecto al futuro, es bueno tomar en cuenta la forma en que se preparará a las siguientes generaciones, el desarrollo de la capacidad de liderazgo y proceso de entrada y salida a la empresa, los requisitos exigidos a miembros de la familia que deseen trabajar en la empresa.

Tomando en cuenta el capital de la empresa, se debe considerar la entrada de capitales provenientes de personas no familiares, las acciones en poder de no familiares, la creación de fondos de liquidez, el manejo de activos financieros existentes, las políticas para las transacciones accionarias, riquezas patrimoniales que han de tener el carácter de intransferibles en la familia.

Algunas ocasiones el desarrollo del protocolo familiar es el mejor momento para hacer preguntas difíciles en la familia empresario como cuáles serán las políticas de elección y retiro de los directivos, el funcionamiento de los órganos de gobierno, su participación y reglas de juego.

Respecto al comportamiento de la familia en el negocio, dejar claro los asuntos éticos de actuación de los miembros de la familia en el negocio, el compromiso explícito de los miembros firmantes con respecto al funcionamiento, supervivencia y crecimiento de la empresa, así como su disposición para vigilar y controlar los activos, reglas de juego para miembros familiares no participantes en la elaboración del protocolo así como consideraciones con respecto a modificaciones al protocolo (cuándo, cómo y quién podrá hacerlo).

#### *Puesta en práctica*

Una vez elaborado el protocolo familiar, es recomendable realizar un plan de ejecución con un horizonte mínimo de cinco años que pueda considerar la capacitación de la familia, la elaboración del plan de sucesión, la transmisión de valores a nuevas generaciones, un cronograma, presupuesto para su implementación y a supervisión para su cumplimiento.

De esta forma, la inclusión de buenas prácticas de gobierno corporativo en la empresa familiar, garantizará una larga vida tanto a la familia como a la empresa y será un pilar fundamental en la transición entre diversas generaciones familiares con visión de largo plazo.

## BIBLIOGRAFÍA

ARRIAGA, C. E., WARD, J. L., & ROSAS, R. M. *La sucesión en la empresa familiar: optimizando el potencial en la empresa familiar: cómo evitar los juegos de poder*. McGraw-Hill, 2000, México.

ARRIAGA, A.; "Factores que inciden en la calidad de las empresas familiares: un análisis basado en valores declarados por la familia empresaria". *The Anahuac Journal*, Volume 15, Number 2, Second semester 2015.

ARRIAGA, A.; "Valores declarados en empresas familiares: ¿vivencia real operativa o solo requisito de la planeación estratégica?" *The Anahuac Journal*, Volume 14, Number 2, First semester 2014.

BAQUEIRO, E. y BUENROSTRO, R. *Derecho de Familia y Sucesiones (1era Ed.)* Oxford University Press 2004, México.

BELAUSTEGUIGOITIA R. I.; *Empresas Familiares, su dinámica, equilibrio y consolidación*. McGraw Hill Interamericana 2004, México. 1ª Edición.

BELAUSTEGUIGOITIA, I.; *Retos de las empresas familiares en México*. Centro de Desarrollo de la Empresa Familiar, ITAM, 2015, México.

BRIBIESCA, J.C. & CASTILLO, R. *Estrategia Competitiva y Gestión Administrativa*. Create Space, Amazon, 2013, U.S.A.

CAMERON, K. and QUINN, R. *Diagnosing and Changing Organizational Culture*. Addison-Wesley Series. 1999, New York.

CALLEROS L., "Líder garantía de éxito en la estrategia competitiva". *Contaduría pública*, num. 429, Pag. 42-43 (2008).

CASTILLO, R., (2009). "Plan de negocios, clave de una empresa exitosa". *Mundo Ejecutivo*, sep. 2009. p. 106. México

CASTILLO, R., et al. "Análisis descriptivo de la pequeña y mediana empresa y su competitividad en El Salvador". *The Anahuac Journal*, Volume 14, Number 2 • Second Semester (2014).

CASTILLO, R, et al. *El Espíritu Emprendedor: Los Retos del Administrador y la Organización*. Create Space,

Amazon, 2014, U.S.A.

CENTRO DE EXCELENCIA EN GOBIERNO CORPORATIVO, *Gobierno corporativo en la empresa familiar*. Ed. LID. (2009), México.

CROUTSCHE, J. J. y GANIDIS, B. "Diversité des entreprises familiales." *La Revue des Sciences de Gestion: Direction et Gestion*, pp. 230, p.93-98. (2008).

DE LA GARZA, M.I., et al; "Los valores familiares y la empresa familiar en el nordeste de México". *Cuad. Adm. Bogotá (Colombia)*, 24 (42): 315-333, enero-junio de 2011.

DÍAZ, H. y FUENTES, E.; "La comunicación en la empresa familiar, principal elemento en la preservación de la armonía familiar", *Revista internacional administración & finanzas*, volumen 6, número 3, 2013.

DRUCKER, P. "Gestionar para la eficiencia de los negocios" *Harvard Business Review*. Noviembre – Diciembre, Boston. (2006)

DYER, W. G. *Cultural Change in Family Firms: Anticipating and Managing Business and Family Traditions*. San Francisco: Jossey- Bass. (1986).

ESPARZA, J.L., GARCÍA, D.; "La cultura de las empresas familiares turísticas mexicanas y su influencia en la gestión estratégica". *Cuad. Adm. Bogotá (Colombia)*, 24 (42): 295-313, enero-junio de 2011.

GERSICK, K., et al. *Generation to generation*. Boston, Harvard Business Press. (1997)

GIRARDO, C. *La importancia de la profesionalización de las organizaciones del "Tercer Sector"* CMQ. (2001)

GUINJOAN, M., LLAURADO, J. M., & e-libro Corp. *El empresario familiar y su plan de sucesión preguntas y respuestas* E-Libro (pp. XIX, 282 p.) (2000).

GUEBAGA, I. y RIVA, V.; *La empresa familiar*. México, 2014.

HALL, A.; MELIN, L. and NORDQVIST, M. *Entrepreneurship as radical change in the family business: exploring the role of cultural patterns*. *Family Business Review*, 14 (3), 193-208. (2001).

HOLLANDER & ELMAN, N. "Familyowned business: An emerging field of inquiry". En: Family Business Review, Vol 1, No. 2, 1988.

KOIRANEN, M. *Over 100 years of age but still entrepreneurially active in business: Exploring the values and family characteristics of old Finnish family firms*. Family Business Review, 15 (3), 175-187. (2002).

LEACH, P. *La empresa familiar*. Buenos Aires: Ediciones Granica Vergara. (2009).

LEACH, P., DUNCAN, G. R., BALL, B., & PERRY, S. *Guide to the family business* (Canadian ed ed.). Scarborough: Thomson/Carswell. (2003).

LONGENECKER, J.; MOORE, C. y PETTY, W. *Administración de pequeñas empresas. Un enfoque emprendedor*, International Thomson Editores. (2001). 10ª. ed. México.

MEROÑO, A. "Análisis del nivel de profesionalización en la empresa familiar." Revista de Estudios Empresariales No. 2 p-80-98, (2009).

NACIONAL FINANCIERA; *Los retos de la empresa familiar*. Nacional Financiera, 2014, México.

PEREZ, M. J.; GARCIA-TENORIO, J.; GIMENEZ, J. y SANCHEZ, I.. *Fundamento en la dirección de la empresa familiar. Emprendedor, empresa y familia*. International Thomson Editores Spain Paraninfo. (2007) Madrid.

PEREZ, L., MANICA, C., PEREZ, G. "Articulación dinámica de una empresa familiar." Revista Panorama Administrativo. Enero-Junio 2008. pp 69 - 86. p. 74, (2008).

QUIJANO, R., et al. "Pertenencia y compromiso: factores relevantes en la transición generacional de empresas familiares. Caso constructoras Campeche, México". Estudios gerenciales Vol. 27 No. 121 (Octubre - Diciembre.2011).

ROMAN, R. E. *Una perspectiva heterodoxa sugerida para el estudio de las empresas familiares en Colombia*. Estudios Gerenciales. Vol. 25, Núm. 112, julio-septiembre, 2009, p103-104

ROMERO, Luis Ernesto; "Competitividad y productividad en empresas familiares pymes, una aproximación desde la interacción familia - empresa". Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (REDALYC), Universidad EAN, Revista Escuela de Administración de Negocios, núm. 57,

mayo-agosto, 2006, pp. 131-141, Colombia.

ROMERO, L. E. "La junta directiva en las Pymes familiares". En: Revista MisionPyme, No. 7, noviembre-diciembre. (2005).

RUEDA, J. F. *La profesionalización, elemento clave del éxito de la empresa familiar*. Visión futuro. Vol. 15 No. 11. (2011).

SCHEIN, E. H. *Organizational culture*. Sloan School of Management Working Papers, Massachusetts Institute of Technology. (1988).

SCHULTZ, M. *On studying organizational cultures. Diagnosis and understanding*. Walter de Gruyter. (1994). Berlín.

TAGIURI R. & DAVIS, J. "Bivalente Attributes of the Family Firm." Working paper. Harvard Business School. Cambridge, Mass. *Ambient and Family Business Review*, Vol. 9(2) pp. 199-208. (1982).

TAPIES, J.; "Empresas familiares: La espina dorsal de la economía". *Revista de negocios del IEE*, Agosto 2012. p.37.

TAPIES, J.; *Empresa familiar, el valor de los valores*. Revista de Antiguos Alumnos del IEEM, enero - marzo 2009. p. 56.

WARD, J. L. *If theories of family Enterprise really do matter, so does change in management education*. *Entrepreneurship Theory and Practice*, 30 (6), 887-895. (2006).

WILLIAMS, R.O. "Successful ownership in business families." *Family Business Review*, Vol. 5(2) pp.161-172. (1992).

ZAHRA & SHARMA, P "Family business research: A strategic reflection". En *Family Business Review*, Vol. 17, (4). December. (2004).

## CONCLUSIONES

La tarea de plantear una visión interdisciplinaria del gobierno corporativo no es para nada simple. El desarrollo de este libro es una prueba de ello. La necesidad de contar con estudios transversales que contengan una base empírica es el próximo paso que debe darse para un análisis comparado de la cultura organizacional.

Una primera aproximación ha intentado mostrar que la convergencia del sistema de normas en materia de gobierno corporativo está fuertemente afectada por patrones culturales y por la *performance* económica del país. La literatura ha intentado establecer diferentes enfoques sobre patrones de convergencia, y existen quienes intentan mostrar la existencia de dicho fenómeno; la evidencia es más concluyente en el plano formal que en el de aplicación de las normas, y que la realidad se encuentra en algún punto intermedio entre ambas posturas.

Si bien es posible encontrar equivalentes funcionales a nivel del discurso legal, es mucho más difícil encontrar equivalentes en la eficacia de la norma y en aquellas áreas del derecho que se han denominado “derecho núcleo” como el sistema de quiebras o la regulación financiera. El grado de convergencia es mayor en el aspecto contractual y en lo que refiere a los derechos concedidos a los accionistas, como así también el deber de conducta esperado de los directores.

Más allá del grado de unificación del que pueda hablarse no puede negarse que cualquier discusión acerca de la literatura sobre patrones de convergencia y la relación entre derecho y estructuras societarias debe hacer mención al aporte contenido en el seminal artículo llamado “Law and Finance.” En dicho artículo los autores intentaron mostrar empíricamente que los orígenes legales pueden tener una correlación directa para explicar la existencia de capital disperso y por ende un mejor desarrollo de mercado de capitales. Sin embargo, estudios posteriores que han tratado de endogeneizar la cultura como variable en los modelos de comportamiento de gobierno corporativo, muestran que la cultura en el nivel de riesgo, el sendero de estabilidad institucional y la existencia de inversores institucionales condicionan el tipo de sistema de gobierno societario imperante en un país.

En términos más propios de la economía un riesgo más alto de riesgo moral y selección adversa conlleva una menor dispersión del sistema accionario. Los modelos empíricos pueden ser más o menos exitosos en capturar la relación entre crecimiento económico y protección del accionista, incluso que sistemas de normas que generan mejor protección ante determinada estructura de inversión.

Parece entonces, que el desafío de los estudios empíricos radica en poder desarrollar modelos que se adapten a variables culturales que permitan correlacionar el tipo de sistema legal con el sistema de administración societaria vigente para luego establecer medidas de eficiencia *ex post*.

Por último, parece prudente entender que un estudio funcional de un sistema de administración societario no se encuentra completo sin considerar aquellas normas que redistribuyen riqueza en caso de liquidación o reorganización. Ello en tanto también genera un esquema de incentivos para los administradores de las compañías.

Por otro lado no debe perderse de vista el sistema de gobierno corporativo en funcionamiento, entendido como esquema de administración societaria, se ve necesariamente afectado de manera directa por los procesos de reestructuración, ya sea en su forma liquidatoria o de reestructuración. En tanto el nivel de riesgo que toman los administradores no sólo debe cotejarse respecto de los accionistas, sino de aquellos terceros que pueden verse afectados por el desarrollo empresarial.

Puede decirse que la existencia de procesos de globalización y la existencia de procesos de intermediación financiera que han facilitado a los inversores institucionales el posicionamiento

en mercados extranjeros ha generalizado una homogeneización de los procesos de comercialización de capital. Esta homogeneización ha seguido por lo general patrones del derecho de familia anglosajona.

Sin embargo, puede agregarse una subclasificación adicional, aun cuando la dispersión propia del sistema americano ha influido en sistemas de derecho civil; el impacto no ha sido el mismo en aquellos países con sistemas en donde la ejecución de los derechos es más eficaz que en otros, y en donde las variables macroeconómicas e institucionales muestran un cierto grado de estabilidad y solidez.

Resultan puntos para futuras investigaciones que exceden el marco del presente trabajo, realizar modelos econométricos con variables no paramétricas que permitan estimar el impacto de estos fenómenos culturales, como así también desarrollar indicadores de éxito de los trasplantes legales que puedan comprar eficacia y eficiencia ex ante y ex post de los procesos de transferencia institucional.

Desde un punto de vista teórico un análisis sobre los equivalentes funcionales en materia de gobierno comparado, desde el punto de vista de las decisiones jurisprudenciales, es un punto pendiente.

El entrecruzamiento de la literatura jurídica con la proveniente de la ciencia de la administración, constituye una deuda a saldar en trabajos de investigación integrados que permitan arrojar mayor claridad sobre la función de las normas jurídicas y morales en el desarrollo comparado de los sistemas de administración societaria.

Muchas de las intuiciones aquí planteadas son consistentes con la interpretación usualmente aceptada en materia de derecho societario, lo que muestra que la utilización de herramientas económicas para la comprensión del fenómeno jurídico sirve muchas veces para exteriorizar intuiciones ya vigentes en la práctica legal. En otros casos la intuición económica ha mostrado no estar a tono con nuestra legislación, quizás creo por una falta de actuación de los mismos legisladores.

Se ha intentado mostrar la doble finalidad que persiguen las normas de derecho societario. Por un lado, a la organización interna y el consiguiente encause de la reducción de costos de producción/transacción a los que se refiere la teoría de la firma, aquí es donde se encuentran las normativas referidas a la responsabilidad de los administradores y el gobierno societario, como así también normas que regulen la convivencia de los accionistas entre sí. Por otro lado, las relaciones que la sociedad como sujeto de derecho diferenciado de los socios entable con terceros. En este caso una de las cuestiones fundamentales será eliminar los problemas de riesgo excesivo por parte de los socios a partir de la existencia de responsabilidad limitada. Estas directrices sirvieron para explicar algunos de los institutos contenidos en nuestra legislación vigente.

Tal como se indicó el desarrollo de este punto dista de ser comprensivo de todos los temas, y su objetivo no es otro que presentar aquellos temas que, quizás con algún grado de arbitrariedad consideré como relevantes. Sin embargo, surgen de estas líneas importantes puntos para futuras investigaciones, especialmente por la falta de tratamiento que nuestra legislación societaria ha recibido desde el punto de vista el análisis económico del derecho. Entre los mismos puede mencionarse los procesos estratégicos de negociación de los socios -accionistas en el desarrollo de la asamblea en supuestos de heterogeneidad de intereses; los problemas de interacción estratégica en la utilización de sociedades off shore. La regulación registral y la existencia o inexistencia de competencia inter registral en el ámbito del derecho, una justificación económica de las sociedades unipersonales, la eficiencia de los trasplantes de instituciones de gobierno corporativo que se han realizado de otras legislaciones; entre otros temas susceptibles de ser abordados desde la economía.

Vale la pena agregar aquí que una de las virtudes de este esfuerzo académico compartido entre varios centros de educación superior radica en mostrar algunas de las condiciones imperantes en América Latina en torno a la temática del Gobierno Corporativo, tanto desde el punto de vista jurídico, económico, como organizacional.

De los primeros trabajos se deduce la importancia que tiene la delimitación de responsabilidades de accionistas y directores, en las empresas, y forma en que éstas se organizan para obtener beneficios económicos y distribuirlos entre los stakeholders dentro de su espacio de actuación, propiciando para ello un marco de certeza jurídico, incluso, en aquellos casos en que la empresa tienda a disolverse y liquidarse, en algún momento determinado.

Se aprecia, además, que las condiciones culturales inciden significativamente sobre el derecho societario imprimiéndole algunas particularidades a nivel local, aunque permaneciendo sujeto a procesos de convergencia internacional.

En este marco se observa que inclusive en industrias reguladas por el Estado, como la banca y los seguros, el existe interés que tienen las entidades fiscalizadoras en que las organizaciones reguladas adopten como parte de su cultura corporativa, elementos propios de la gestión responsable de riesgos, a efecto de garantizar a sus usuarios el respeto de los derechos incorporados en las leyes especiales que correspondan, particularmente, aquellas que determinan el ámbito financiero.

Se observa así, cierta tendencia hacia la gestión proactiva de los riesgos asumidos por las empresas, a fin de asegurarles a sus clientes, proveedores y accionistas el cumplimiento de contratos de carácter mercantil.

Debido a la complejidad impuesta por los procesos de globalización contemporáneos, el control y vigilancia por parte del Estado sobre el funcionamiento de los mercados financieros y de sus participantes (sociedades) se ve rebasado a pasos agigantados y la regulación de productos y servicios novedosos, en diversas materias, exige que sus proveedores asuman, cada vez más, mayores dosis de autorregulación.

En tal sentido, la gestión de información, personal, procesos y tecnología para el normal funcionamiento de los negocios, demanda de esfuerzos coherentes para identificar los riesgos inherentes que puedan comprometer el desempeño financiero de las empresas, la cuantificación de los impactos económicos potenciales de los mismos, así como la probabilidad de ocurrencia, pretendiendo con ello adoptar sistemas de aseguramiento operativo para la prestación de sus servicios, reconociendo, a la vez, la necesidad de contar con provisiones patrimoniales consistentes con los riesgos residuales asumidos por las firmas. Todo ello como parte de las mejores prácticas de gobierno corporativo.

De ahí que, los sistemas de gobernanza exigen la adopción de esquemas de control interno proactivos, funcionales y flexibles, capaces de responder a entornos cambiantes.

La profesionalización de las empresas requiere, además, de un diseño apropiado de organización consistente con el concepto de negocio asumido y con la propuesta de servicios ofrecidos al mercado, agrupando las tareas esenciales para ello en puestos de trabajo comprensivos, a partir de una política clara de reclutamiento, contratación y desarrollo del recurso humano que facilite la estabilidad en la provisión de los bienes o servicios vendidos, es decir, para construir lazos de confianza empresarial con su entorno.

Al disponer de una estructura organizativa profesional, se avanza hacia el aseguramiento de la calidad y la continuidad del negocio, ante una eventual sucesión en el liderazgo de la empresa. Este elemento es especialmente clave para las PYMES, donde la cultura empresarial se entreteje con los valores familiares de sus dueños, tal como se deduce de la experiencia mexicana descrita en el Libro.

Merece la pena tener presente que existen coincidencias entre los autores de estos trabajos, acerca de la necesidad de profesionalizar la gestión de las PYMES, particularmente aquellas de carácter familiar, procurando evitar que durante el proceso de formalización de su gobierno corporativo se sacrifiquen los valores y la mística de trabajo impuesta por sus fundadores.

El crecimiento de las PYMES requiere, por lo tanto, de cierta profesionalización basada en técnicas modernas de gobernanza y en una visión clara de sucesión intergeneracional, donde los propietarios (dueños) puedan desarrollar carrera, al igual que su personal, donde se resguarden los derechos económicos de cada uno a través de contratos.

La referida sucesión debe planificarse con tiempo suficiente para facilitar la transición en la conducción de empresas pequeñas, ya que se ha comprobado que los procesos de profesionalización se consolidan con el tiempo y que las falencias en los modelos de sucesión pueden provocar su quiebra y la disolución de las sociedades.



