

**LA NOCIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO CORPORATIVO Y SU
INCIDENCIA EN LA PREVENCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS EN
COLOMBIA**

POR: ANDRÉS MEZA SCARPETTA



**MONOGRAFÍA JURÍDICA
PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO**

DIRIGIDA POR: PABLO JOSÉ QUINTERO DELGADO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

BOGOTÁ, D.C.

2019

Resumen

La presente monografía jurídica tiene como objetivo primordial analizar la noción de buenas prácticas de gobierno corporativo. Inicialmente, se abordará desde un enfoque histórico, tendiente a descubrir los orígenes de dicha noción y su posterior evolución dentro del entramado societario. Posteriormente, se analizarán las principales recomendaciones en la materia en el contexto internacional y nacional, determinado el estado de adopción de las buenas prácticas de gobierno corporativo. Lo anterior desembocará en el estudio de la incidencia de dicho concepto en la prevención de conflictos societarios en Colombia y una serie de conclusiones concretas sobre su implementación.

Palabras Clave: Gobierno corporativo, Vehículo societario, Órganos de dirección.

Abstract

The main objective of this legal monograph is to analyze the notion of good corporate governance practices. Initially, it will be approached from a historical perspective, tending to discover the origins of this notion and its subsequent evolution within the societal framework. Subsequently, the main recommendations in the matter will be analyzed in the international and national context, to determine the status of adoption of good corporate governance practices. The foregoing will lead to the study of the incidence of this concept in the prevention of corporate conflicts in Colombia and a series of concrete conclusions on its implementation.

Key Words: Corporate governance, Corporate Vehicle, Management boards.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I - AUGE DEL CONCEPTO DE BUENAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO CORPORATIVO Y SU POSTERIOR EVOLUCIÓN	5
1.1. Noción y definiciones	5
1.2 Antecedentes históricos de la noción moderna de gobierno corporativo	6
<i>1.2.1. El Comité Cadbury, Reino Unido, 1992.</i>	6
<i>1.2.2. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, USA, 1985.</i>	13
<i>1.2.3. New York Stock Exchange Corporate Governance Guide, USA, 2014.</i>	17
1.3 Modelos de implementación de esquemas de gobierno corporativo	20
<i>1.3.1 Modelo de gobierno corporativo angloamericano</i>	21
<i>1.3.2 Modelo de gobierno corporativo germano</i>	24
<i>1.3.3.1 Modelo de gobierno corporativo japonés</i>	26
1.4 Análisis de la regulación actual en la materia en el contexto colombiano	29
<i>1.4.1. Expedición del “Código País” sobre mejores prácticas de gobierno corporativo</i>	29
<i>1.4.2. Principios en materia de buenas prácticas de gobierno corporativo establecidos por la OCDE y el G-20</i>	38
<i>1.4.3. Adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo en Colombia y estado actual en la materia</i>	44
CAPÍTULO II – ESTUDIO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO COMPARADO	51
2.1. Corporate governance regime. Delaware, USA	51
2.2. Corporate governance code. United Kingdom	53
2.3. Código de gobierno corporativo de España	53
2.4. Código de mejores prácticas de gobierno corporativo de Brasil	54
CAPÍTULO III - IMPLEMENTACIÓN INTEGRAL DE LAS BUENAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN COLOMBIA COMO HERRAMIENTA DE PREVENCIÓN	57
3.1 Inclusión de las buenas prácticas de gobierno corporativo en el sector público	57
<i>3.1.1. De la organización y composición de entidades estatales o con participación estatal</i>	57
<i>3.1.2. De las buenas prácticas de gobierno corporativo y los procesos de contratación estatal</i>	60
3.2. Consecuencias de ampliar el espectro de las buenas prácticas de gobierno corporativo en la legislación societaria	65
<i>3.2.1. Eliminación del abuso del derecho en los organismos de dirección</i>	65
<i>3.2.2. La transparencia y la rendición de cuentas al interior de la sociedad</i>	67
<i>3.2.3. Beneficios para los accionistas y la potencialización en el retorno de la inversión</i>	69
<i>3.2.4. A futuro: la intrínseca relación entre las buenas prácticas de gobierno corporativo y la aplicación de la denominada “business judgment rule”</i>	72
CAPÍTULO IV – CONCLUSIONES	74
BIBLIOGRAFÍA	78

INTRODUCCIÓN

Desde los tiempos más remotos, los individuos han buscado asociarse de alguna forma u otra. Las formas más primitivas de asociación propendían básicamente por la supervivencia, y en general la consecución de metas comunes. Sin embargo, la modernización, los procesos productivos industriales, y en general la “profesionalización” del comerciante han desencadenado en la utilización del vehículo societario para fines mucho más complejos que la mera asociación. Hoy en día, es casi nula la posibilidad de encontrar individuos dedicados al comercio que no hayan constituido al menos una sociedad para llevar a cabo sus negocios. Lo anterior, gracias al principal beneficio que este proceso genera; la segregación de patrimonios.

Del mismo modo, la proliferación del vehículo societario en el comercio necesariamente nos ha llevado a buscar una optimización del mismo, y este desarrollo se logra a partir del concepto de gobierno corporativo. Esta noción ha sido objeto de estudio por la doctrina societaria en las últimas dos décadas y de hecho se constituye como una de las fases de asesoría corporativa de las firmas de abogados más reconocidas a nivel mundial. Antes de ahondar en esta cuestión surge una primera inquietud: ¿qué se entiende por gobierno corporativo? De acuerdo con la Superintendencia Financiera, entidad estatal que más ha fomentado la inclusión de este concepto en Colombia, “el gobierno corporativo es el sistema (conjunto de normas y órganos internos) mediante el cual se dirige y controla la gestión de una persona jurídica, bien sea de manera individual o dentro de un conglomerado.” (Téllez & Ramírez, 2010, p. 2)

Esta aproximación de este amplio concepto brinda varios temas de interés. En primer lugar, las normas y órganos internos de una sociedad o empresa. Por órganos internos entendemos de manera general que en una sociedad pueden existir una junta directiva y una asamblea general

de accionistas, dependiendo del tipo de sociedad a la que se haga mención. En segundo lugar, como normas internas, se pueden aprobar reglamentos propios de cada órgano social, códigos de ética, de buen gobierno y cuantos documentos necesarios para propender por el buen funcionamiento de la compañía.

Por otro lado, la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) se ha encargado de desarrollar el concepto de gobierno corporativo a tal punto que ha expedido regulaciones no vinculantes a nivel global sobre la materia, recomendaciones a las cuales Colombia se ha adherido como parte de su ingreso a esta organización. Para este organismo, “el gobierno corporativo de una sociedad implica el establecimiento de un conjunto de relaciones entre la dirección de la empresa, su consejo de administración, sus accionistas y otros actores interesados”. (OCDE, 2016, p. 9).

De esta revisión de conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera y la OCDE, resalta una conclusión principal; el concepto de gobierno corporativo busca una armonía entre los órganos sociales de la empresa, a través una estructura de funcionamiento clara para todos los involucrados en una sociedad.

CAPÍTULO I - AUGE DEL CONCEPTO DE BUENAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO CORPORATIVO Y SU POSTERIOR EVOLUCIÓN

1.1. Noción y definiciones

Antes de efectuar un estudio histórico de la noción de gobierno corporativo y sus buenas prácticas, se debe realizar un análisis de esta con cargo a definiciones que se han dado en el sector a nivel mundial. Es de indicar que este concepto nace realmente en el siglo XVIII cuando Adam Smith indicó que la propiedad y el control se estaban separando. (Smith, 1776). Este

fenómeno lentamente fue avanzando a tal punto que la dirección de las compañías, propiedad de los inversionistas fue asumida en la mayoría de los casos por personas ajenas a dicha inversión, dando paso al concepto de gobierno corporativo como elemento unificador de todos aquellos intervinientes en un vehículo societario que busque el retorno de una inversión.

Previo al estudio de las definiciones históricas de gobierno corporativo que se analizarán con más detalle, se debe destacar lo dicho por parte de la Corporación Andina de Fomento.

El término Gobierno Corporativo se refiere al sistema por el cual una empresa es dirigida y controlada en el desarrollo de sus actividades económicas. Se enfoca en las responsabilidades y derechos de cada miembro de las organizaciones, y en las reglas a seguir para la toma de decisiones. (Corporación Andina de Fomento, 2005, p. 4).

Como se indicó en la introducción de esta presente investigación, y las definiciones previamente brindadas, el principal objetivo es la búsqueda de un denominador común. Dicho elemento, presente en cualquier noción de gobierno corporativo es uno; la armonización de todos los intervinientes en la compañía, sean inversionistas, organismos de dirección, empleados y terceros. Por tal razón, como parte de un estudio a profundidad de la noción se deben revisar los antecedentes históricos de la misma que hayan revestido de gran importancia para el sector corporativo global, y que, por su aceptación, se constituyen como precedente en la materia.

1.2 Antecedentes históricos de la noción moderna de gobierno corporativo

1.2.1. El Comité Cadbury, Reino Unido, 1992.

Quizás es el antecedente más importante que se tiene sobre el estudio de la noción de gobierno corporativo se dio en Londres, capital del Reino Unido. La bolsa de valores de dicha

ciudad se vio renovada tras la aparición de un cuerpo colegiado denominado “Comité de los aspectos financieros del gobierno corporativo” reconocido mundialmente como el “Comité Cadbury” en honor a Sir Adrian Cadbury, *chairman* del comité, y CEO por veinticuatro años de la famosa empresa de chocolates londinense Cadbury and Cadbury Schweppes.

Este comité tenía una única función; incrementar la confianza del inversionista y la transparencia de las empresas que cotizaban en el mercado de valores inglés, tras varios colapsos importantes en la época como lo fue el del Banco de Crédito y Comercio Internacional. Bajo esta coyuntura económica se lanzó el Reporte Cadbury en diciembre de 1992, como el primer gran documento moderno que recoge las recomendaciones más importantes en materia de gobierno corporativo. El reporte giró en torno a 3 ejes; el primero de ellos siendo la división de responsabilidades de los órganos sociales de las compañías, el segundo la independencia de los miembros pertenecientes a la junta directiva y el tercero la rendición de cuentas y la constante auditoría a la administración de las compañías. (University of Cambridge Judge Business School, s.f.).

“Our proposals do, however, seek to contribute positively to the promotion of good corporate governance as a whole”. (The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co, Ltd., 1992, p. 10). Nuestras propuestas, sin embargo, buscan contribuir de manera positiva a la promoción del gobierno corporativo como un todo. Esta frase, que hace parte de la introducción del aclamado reporte describe la idea de aplicar la noción de gobierno corporativo a todas las empresas, no sólo en un ámbito financiero y contable sino en ámbitos mucho más complejos como lo es la estructura del vehículo societario *per sé*. Con base en lo anterior, el comité esboza posiblemente la definición más completa de gobierno corporativo de la siguiente manera:

Corporate governance is the system in which companies are directed and controlled. Boards of directors are responsible for the governance of their companies. The shareholder's role in governance is to appoint the directors and the auditors to satisfy themselves that an appropriate governance structure is in place. (The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co, Ltd., 1992, p. 14).

Esta definición de gobierno corporativo destaca por su sencillez, pero esta característica la hace a la vez sumamente completa, porque se encarga de definir el gobierno corporativo como un *sistema* para dirigir y controlar una compañía y señala los roles de cada uno de los intervinientes.

Tras los colapsos que estaban sufriendo las principales empresas listadas en la bolsa londinense, el comité se encargó de volver a los principios más básicos de la estructura societaria; la junta directiva debe dirigir la compañía, y los accionistas deben escoger a las personas encargadas de esta tarea y de su debida autoría. Tal vez este sea uno de los problemas que experimentan las compañías latinoamericanas en su afán de crecimiento, el abandono del principio básico de segregación de los órganos sociales, razón por la cual este reporte es el instrumento más importante para identificar las principales dificultades que atraviesan los vehículos societarios hoy en día.

Continuando con el examen del Reporte Cadbury, encontramos que no sólo hay recomendaciones concretas sobre la estructura básica de la sociedad, sino que también hay principios sobre los cuales las compañías se deben regir. El primero al cual se hace referencia es la franqueza o transparencia de los órganos sociales, como el primer paso para la confianza entre los negocios adelantados por la compañía, y quienes ostentan una porción de dichos negocios. El segundo de ellos es la integridad; presentar una visión completa de la compañía,

de manera directa y honesta. Finalmente, hacen referencia un tercer principio denominado “*accountability*” que en diferentes traducciones puede significar la responsabilidad, o en dado caso, la rendición de cuentas. (The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co, Ltd., 1992). Estos principios, a primera vista parecen ajenos al tema en discusión, sin embargo, son el sedimento de la figura del gobierno corporativo, incluso van más allá de la misma, ya que hacen parte del código de *mejores prácticas* de gobierno corporativo expedido por el comité para todas las compañías listadas en el Reino Unido en 1992.

Traídos a colación los aportes anteriores, es de resaltar que, en una sola sección del documento, este cuerpo colegido nos haya dotado de una definición de gobierno corporativo, una recomendación específica para volver al principio básico de segregación de los órganos sociales, y una serie de principios sobre los cuales se deben regir las compañías. Es por esto, y por las recomendaciones concretas que se expondrán en adelante, que este reporte es el antecedente histórico más importante sobre la noción de gobierno corporativo.

Con el objetivo de dotar de argumentos la anterior afirmación, se expondrán las cuatro principales recomendaciones transmitidas por el comité, que se engloban dentro de la noción de gobierno corporativo como un todo, y que se pueden enmarcar dentro del esquema de prevención de los conflictos societarios en Colombia. La primera gran recomendación está encaminada a la estructura de la junta directiva y sus procedimientos. “One aspect of structure is the appointment of committees of the board, such as the audit, remuneration and nomination committees”. (The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co, Ltd., 1992 p. 24)

En cuanto a la estructura, el comité propone unos comités con tareas específicas como lo son el comité de auditoría que revisa las actuaciones y decisiones proferidas por el órgano social, el

comité de remuneración que se encarga de revisar los salarios y beneficios económicos que reciben los miembros evitando así sumas excesivas, y el comité de nominación que trabaja de la mano con la asamblea de accionistas de forma que los miembros puedan cumplir con un perfil complementario establecido para la empresa.

Esta primera idea hace referencia a la estructura de la junta directiva cómo órgano de dirección y en cuanto a los procedimientos que debe seguir. El comité, característico por la practicidad de sus recomendaciones indica que la junta simplemente debe tener una periodicidad en sus reuniones, con una debida forma de convocatoria y que todas las decisiones queden plasmadas en documentos auténticos. (The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co, Ltd., 1992 p. 24).

La segunda gran recomendación que hace el comité está encaminada a la rendición de cuentas interna. Si bien las grandes compañías se encargan de divulgar su información financiera periódicamente, es en la auditoría interna y en la transparencia donde las mejores prácticas de gobierno tienen mayor impacto, ya que aplica a todo tipo de sociedades; de familia, anónimas, listadas o no listadas. “(a) developing a set of criteria for assessing effectiveness; (b) developing guidance for companies on the form in which directors should report; and (c) developing guidance for auditors on relevant audit procedures and the form in which auditors should report.” (The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co, Ltd., 1992 p. 40).

Estos tres ítems básicos que bien podrían aplicarse en el entramado societario colombiano propenden por: una serie de criterios a la hora de analizar la efectividad del órgano de dirección, con base en los principios establecidos por el comité, una guía de cómo los directores deben

rendir cuentas a todos los accionistas, y una guía específica de cómo los auditores deben reportar sus hallazgos en la compañía.

La tercera gran recomendación del comité está dirigida a la responsabilidad de la junta ante los accionistas. Este eje es de importancia suma, dado que hoy en día es perfectamente posible que algunos individuos, atornillados en el poder y dirección de la compañía, la manipulen a placer, con las inyecciones de capital que realizan los accionistas. Lo que es más grave aún, es que, a los accionistas de las empresas más importantes a nivel mundial, se les olvida que ellos mismos por disposición del contrato social son los que escogen a los miembros de junta directiva y pueden hacerlos responsables del fracaso de la organización. Al respecto indicó lo siguiente:

Thus, the shareholders as owners of the company elect the directors to run the business on their behalf and hold them accountable for its progress. The issue for corporate governance is how to strengthen the accountability of boards of directors to shareholders. (The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co, Ltd., 1992 p. 47).

El mismo comité, de nuevo se encarga de recordarnos los principios más básicos; son los accionistas quienes están encargados de escoger quien se encarga de sus inversiones. El problema está, como lo indica el reporte, en cómo afianzar la responsabilidad y la rendición de cuentas de los miembros de junta directiva a los accionistas. Es precisamente esta coyuntura la que se debe atacar hoy en día, devolver el poder a los accionistas bajo la educación de las mejores prácticas de gobierno corporativo, concientizándolos de la importancia a las reuniones del órgano social para que el destino de sus inversiones repose en las mejores manos.

La cuarta recomendación del comité, aplicable a nuestro contexto socioeconómico es en cuanto a los accionistas “institucionales” quienes ostentan la mayoría de las participaciones en

la compañía, su relación con la junta directiva y las comunicaciones con los accionistas minoritarios. “Given the weight of their votes, the way in which institutional shareholders use their power to influence the standards of corporate governance is of fundamental importance.” (The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co, Ltd., 1992 p. 49).

El peso de los votos de los accionistas institucionales y la forma en la cual ejercen su poder para influenciar los estándares de gobierno corporativo es de fundamental importancia. Esta aseveración arrojada por el comité no debe ser tomada a la ligera, en la actualidad la forma en la que están organizadas las compañías más importantes no permiten una igualdad en los porcentajes de participación. Sin embargo, este poder debe estar orientado al beneficio de la empresa como un todo, esto necesariamente incluye a los accionistas minoritarios. Es de conocimiento público que los accionistas mayoritarios con el ejercicio de sus derechos políticos se encargan de incluir en el poder a personas afines a su compañía, de forma que estos tomen las decisiones que más les sean beneficiosas. Sin embargo, esta situación no necesariamente coincide con el beneficio general de la compañía. De esta forma es que se interpreta la recomendación esgrimida por el comité, el fracaso de la empresa en muchos de los casos va de la mano del ejercicio de un interés personal.

Si bien se analizaron una serie de recomendaciones nucleares sobre este reporte, dentro del mismo hay un sinnúmero de guías prácticas de gobierno corporativo dentro de las cuales destacan: la discusión sobre cumplimiento obligatorio o no de las mejores prácticas de gobierno corporativo, los procesos para hacer una auditoría externa transparente, políticas de control interno, análisis financiero fidedigno de los resultados de la compañía y en general el esquema de rendición de cuentas de parte de los órganos de dirección, entre otras.

Finiquitado el análisis de las recomendaciones más importantes del “Cadbury Report” es certero indicar que la noción de gobierno corporativo no sólo se limita a una definición como sistema bajo el cual se dirige una compañía, su espectro es infinitamente más grande. Involucra una serie de relaciones interinstitucionales, dentro y fuera del vehículo societario que, de cumplirse, solo traerán beneficios a la sociedad. Incluso, se puede llegar a hablar de “las mejores prácticas de gobierno corporativo” cuando se hace una revisión adecuada de la estructura de control, para dar paso a la transparencia, la responsabilidad de la administración y la rendición de cuentas como un ejercicio saludable para cualquier tipo de empresa.

1.2.2. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, USA, 1985.

El Comité de Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway (por sus siglas en inglés COSO) es una iniciativa conjunta del sector privado americano. El primer presidente de este cuerpo colegiado fue James C. Treadway Jr., situación particular que le da el nombre al comité. Creado en 1985 por instituciones privadas de contadores, auditores internos y ejecutivos financieros, el comité cuenta con tres objetivos principales; reducir el riesgo corporativo, aumentar el control interno y la prevención del fraude. A partir de estos tres pilares, la colectividad de expertos ha lanzado una serie de guías y ensayos que son usados por las principales empresas americanas. Ahondando en el contexto de la presente investigación, el documento de mayor utilidad es la guía titulada “*Improving organizational performance and governance*” o el mejoramiento en el desempeño organizacional y de gobierno en las empresas.

El modelo propuesto por COSO, es de importancia suma no solo en EE. UU., sino a nivel global. En primer lugar, nos indica claramente qué se entiende por gobierno en el contexto corporativo:

Corporate governance is typically the domain of the board of directors and refers to the framework of rules and practices by which a board oversees strategy setting and the management of the organization. Effective governance ensures accountability, fairness and transparency in the organization's relationships with its various stakeholders (COSO, 2014, p. 3).

De esta definición podemos entender que en la empresa el organismo predominante es la junta directiva. Sin embargo, el gobierno *efectivo* radica en asegurar la responsabilidad, equidad y transparencia de la empresa u organización con sus accionistas y esa tarea recae en la junta directiva.

En segundo lugar, después de dotar de cuerpo a la noción de gobierno corporativo, y atribuir las principales responsabilidades a la junta directiva de la empresa, esta necesariamente se deberá separar del rol de la dirección ejecutiva, organismo que, si bien trabaja de manera conjunta, debe tener ciertos límites en relación con la junta. "The board approves strategic decisions, establishes appropriate boundaries, oversees execution and ensures accountability, fairness and transparency. Executive management aligns strategy, processes, people, reporting and technology to accomplish the organization's mission in accordance with its established values" (COSO, 2014, p. 6).

Bajo este entendido, es necesario que la dirección ejecutiva de la corporación sea completamente independiente de la junta directiva. La última, sin embargo, estará encargada de establecer los límites mientras que la primera deberá únicamente alinear la estrategia de la empresa, sus procesos, los trabajadores y el reporte de acuerdo con los valores de la misma.

¿Qué utilidad presenta esta recomendación al sector corporativo colombiano? Justamente, esta es una de las posibles soluciones a uno de los más grandes problemas o conflictos

societarios a nivel nacional. Las empresas más prolíficas en Colombia carecen de una delimitación entre las funciones del accionista mayoritario dueño, presidente, CEO o *chairman* de la compañía y la junta directiva. Inclusive, en ciertos casos la condición de propietario coincide con la de presidente de la junta.¹ Esto se presenta como un gran conflicto, no sólo en el plano de la estructura societaria y transparencia de la misma, sino que puede ingresar en el plano de los conflictos de interés, situaciones que COSO, como parte de sus recomendaciones pretende evitar.

Además de lo mencionado anteriormente, COSO brinda herramientas adicionales aplicables a Colombia. Esta recomendación se basa en una palabra; resiliencia. (COSO, 2014). En otras palabras, la posibilidad de adaptarse a circunstancias cambiantes, tras la materialización de efectos adversos en la compañía. Esta proposición nace, con base a algunas preguntas que COSO identifica como claves para determinar si una organización es resiliente; “Are executive management and the board knowledgeable of the critical assumptions underlying the corporate strategy? Does the organization proactively identify, source and mitigate the risks inherent in the strategy? Is there a process for identifying emerging risks?” (COSO, 2014, p. 14).

La primera pregunta necesariamente se aborda desde una adecuada estructura de gobierno corporativo al preguntarse si dentro de la compañía la dirección ejecutiva y la junta conocen de las suposiciones y problemas críticos de la estrategia de la compañía. Lo anterior, sólo se logra si los organismos son independientes y cumplen con los suficientes niveles de transparencia y rendición de cuentas a los beneficiarios de la compañía. Esto, se presenta como herramienta para las empresas listadas y no listadas en Colombia dado que los más grandes descalabros

¹ Ej. Ver el caso de Avianca Holdings en Latinoamérica en donde en una persona confluyen ambas calidades.

empresariales del país se han dado por una incorrecta identificación de los problemas de la corporación aunado a una incapacidad o negación a revelar la situación real de la empresa a los inversionistas².

Es de conocimiento público que algo está sucediendo al interior de la empresa colombiana, reflejo de esto son los más de 2.500³ procesos de insolvencia que a cierre del 2018 adelanta la Superintendencia de Sociedades. Una de las razones de esta coyuntura económica puede ser que, desde el inicio, las compañías no son capaces de identificar las inconsistencias en la estrategia de la compañía, debido a una estructura de gobierno pobre que no cuenta con un verdadero esquema de rendición de cuentas desligado de la influencia de los accionistas mayoritarios de la empresa.

Por último, dentro de las instrucciones de COSO, se debe utilizar una filosofía de manejo del riesgo o reducción de este. El comité la define como: “(...) A communication from executive management to the board of directors and to the organization at large regarding the importance of understanding and managing risk in the context of the organization’s strategy and business plan.” (COSO, 2014, p. 7).

Esta comunicación de la dirección ejecutiva a la junta directiva y en general a la corporación permite que se dé una importancia al entendimiento del manejo de riesgos de una manera transversal y de acuerdo con el modelo de negocio. Adicionalmente, COSO expone como parte de sus recomendaciones en materia de gobierno corporativo que esta estrategia de manejo del

² P. ej. Ver caso Interbolsa. Disponible en: <https://www.dinero.com/inversionistas/caso-interbolsa/articulo/inversionistas-invisibles-interbolsa/182932>

³ SuperSociedades lanza plan de choque para avanzar en los cerca de 2.500 procesos de insolvencia que adelanta la entidad (s.f.) *Superintendencia de Sociedades*. Disponible en: <http://webbpm.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2018/SuperSociedades-lanza-plan-de-choque-para-avanzar-en-los-cerca-de-2-500-procesos-de-insolvencia-que-adelanta-la-entidad.aspx>

riesgo reafirma el compromiso de la dirección ejecutiva con el comportamiento ético y responsable. Es por esto, que la herramienta de la filosofía de manejo del riesgo permea a toda la empresa, permitiendo no sólo el crecimiento económico sino el fomento de uno de los ejes centrales de las buenas prácticas de gobierno corporativo; la ética y la transparencia de los organismos de dirección.

En suma, aparte de las recomendaciones o herramientas que brinda COSO al mundo del gobierno corporativo, se debe hacer una observación. En Colombia no existe un organismo similar dedicado al estudio constante de las buenas prácticas de gobierno corporativo. Puede que se esté desarrollando en el país una serie de estudios en la materia, pero no hay una cultura sobre la misma. La relevancia que tendría la asociación de organismos disímiles, pero afines en el desarrollo de sus actividades en sociedades listadas o no listadas, sería un gran paso para la homogeneización de la estructura de los organismos de dirección y la transparencia de estos. De crearse un organismo similar a COSO, compuesto de instituciones de contadores, asociaciones gremiales, organismos de estudios en tributación, auditoría interna y rendición de cuentas en nuestro país, se podrían emitir recomendaciones serias en la materia, generando no sólo un beneficio al vehículo societario colombiano, sino una evolución del mismo.

1.2.3. New York Stock Exchange Corporate Governance Guide, USA, 2014.

En el mes de diciembre de 2014, la bolsa de valores de Nueva York (New York Stock Exchange “NYSE”) publicó una guía no vinculante en torno a las buenas prácticas de gobierno corporativo. Este documento de 369 páginas recoge las mejores recomendaciones en la materia brindadas por expertos abogados, empresas de revisoría fiscal, contaduría y estructura societaria y es considerada como el punto de partida para la cotización en bolsa de las principales empresas que desean entrar al mercado de valores más grande a nivel mundial.

La serie de herramientas que brinda la guía de NYSE revisten de una gran importancia. En primer lugar, se habla de un entendimiento con los accionistas de la empresa: “Develop an understanding of shareholder perspectives on the company and foster long-term relationships with shareholders, as well as deal with the requests of shareholders for meetings to discuss governance and the business portfolio and operating strategy.” (NYSE, 2014, p. 4).

En muchos de los casos, los accionistas quienes deberían verse beneficiados por la inversión hecha en una empresa o modelo de negocio se ven marginados por el poder excesivo de los organismos de dirección. Es en sí una buena práctica de gobierno corporativo el poder discutir la estructura de gobierno de la empresa en los espacios determinados para los inversionistas, como la asamblea general.

En segundo lugar, en tratándose de la junta directiva de la empresa, esta guía permite eliminar la burocracia mediante una herramienta muy sencilla; la política de sucesión. Esta recomendación se presenta en el Código País expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia. Al respecto la NYSE indicó:

(...) facing pressure from shareholders and governance advocates to embrace “board refreshment”, including issue of age, length of service, independence, expertise, gender and diversity, and provide compensation for directors that fairly reflects the significantly increased time and energy that they must now spend in serving as board and board committee members. (NYSE, 2014, p. 4).

Como se indica en el compendio publicado por la bolsa neoyorquina, la presión que ejercen los accionistas en la junta hace que esta última deba adoptar un sistema de refrescamiento en

cuanto a la edad de los miembros, la independencia de los mismos, igualdad de género y una debida compensación para los miembros.

Del mismo modo, y aunada a la política de sucesión de miembros, necesariamente se debe establecer una política de evaluación, como segunda herramienta para evitar el apalancamiento en el poder de la dirección de la compañía. “Evaluate the board’s performance, and the performance of the board committees and each director.” (NYSE, 2014, p. 4). La posibilidad de analizar y posteriormente calificar el desempeño de los miembros de junta permite que aquellos que no estén desempeñando sus funciones cabalmente y con cargo a la misión y visión de la empresa puedan ser removidos con fundamento.

Dicho lo anterior, es necesario ahora referirse al tema de más cuidado en el mundo corporativo; los potenciales conflictos de interés en materia transaccional y de negocios. Las recomendaciones de la NYSE no fueron ajenas a esta coyuntura: “Take center stage whenever there is a proposed transaction that creates a seeming conflict between the best interests of stockholders and those of management, including takeovers and attacks by activist hedge funds” (NYSE, 2014, p. 4). En otras palabras, la NYSE indica que se debe tomar un papel protagónico en las transacciones donde se verifique un conflicto de interés, de manera previa y con suficiencia, de forma que los intereses de los accionistas y de la dirección de la compañía no se vean contrapuestos, sino unificados. Asimismo, una adecuada política de mitigación de estos conflictos dentro de los documentos de gobierno corporativo de la empresa permite anticiparse a los mismos.

Por último, la bolsa de valores de Nueva York en su guía de gobierno corporativo como parte de su revisión integral a este concepto propone una resiliencia o constante desarrollo de la

noción en las corporaciones. “Review corporate governance guidelines and committee charters and tailor them to promote effective board functioning” (NYSE, 2014, p. 4).

La constante revisión de los lineamientos de gobierno corporativo y los documentos que rigen el funcionamiento de los comités aunado a una promoción del funcionamiento efectivo y eficiente de la junta es la última recomendación de la NYSE que se verá reflejada al final de la presente investigación; la noción de gobierno corporativo es completamente dinámica y no es ajena a los cambios en la estructura societaria a nivel global.

Efectuada la revisión de las principales recomendaciones en materia de gobierno corporativo lanzadas por la bolsa de valores de Nueva York, surge una principal conclusión. En Colombia no existe una profesionalización del concepto, de forma que la Bolsa de Valores de Colombia (BVC) trabaje de manera conjunta en la optimización de las sociedades listadas en el país. Si bien existen una serie de principios orientadores, capacitaciones, recomendaciones prácticas propuestas por la BVC junto con el compilado de la Superintendencia Financiera de Colombia, no existe un documento similar al propuesto por la bolsa de valores de Nueva York, donde existan varias secciones dedicadas al estudio de la estructura del vehículo societario.

1.3 Modelos de implementación de esquemas de gobierno corporativo

Una vez realizado el examen de qué se entiende por gobierno corporativo y una recopilación de los principales documentos modernos en la materia, se hace necesario estudiar de qué manera se puede implementar o adecuar dependiendo del contexto socioeconómico de una nación. Con base en lo anterior, resaltan tres principales modelos de gobierno a adoptar; el modelo angloamericano caracterizado por su apertura, el modelo emprendedor y por último el modelo industrial japonés o asiático.

1.3.1 Modelo de gobierno corporativo angloamericano

Este modelo de gobierno corporativo se caracteriza por estar orientado al desempeño de la empresa en los mercados públicos de valores y de capitales, de forma que los organismos de dirección de la compañía siempre estarán al servicio de los accionistas, en la búsqueda del retorno de su inversión. El aspecto que caracteriza al modelo angloamericano de gobierno corporativo es sin lugar a dudas la primacía de los accionistas; la corporación siempre estará al servicio de los intereses de los mismos.

En principio, dicho modelo fue concebido de esta manera, en donde se buscaba priorizar el retorno de la inversión antes que necesidades de los empleados u otros costos sociales o ambientales. (Sheehy⁴, 2004)

¿Qué características principales podemos desprender de este modelo? En primer lugar, se puede hablar de un modelo de individuos que invierten recursos de manera conjunta. De ahí que sea el modelo por antonomasia de la sociedad anónima y de las empresas que negocian sus participaciones en la bolsa de valores. Con base en esto, las prioridades no se enmarcan precisamente en la optimización de la estructura de la sociedad, sino en el beneficio económico inmediato. En segundo lugar, la junta directiva representa únicamente los intereses de los accionistas y de los organismos de dirección, gracias a esto se dejan de lado otras cuestiones que son parte del conglomerado de buenas prácticas de gobierno corporativo, como lo pueden ser la auditoría interna y la rendición de cuentas, con tal de que el retorno de la inversión sea provechoso. En tercer lugar, se encarga de minimizar el “problema de la agencia” en donde los

⁴ Benedict Sheehy. Profesor de *DePaul University*, autoridad en materia de gobierno corporativo y contribuyente activo al periódico de negocio y comercio de *DePaul University* en Chicago, Estados Unidos.

inversionistas y la dirección no trabajan de manera unificada y persiguen diferentes objetivos. Al eliminar este problema, causa una situación particular que es la constante búsqueda del control corporativo. (Sheehy, 2004, p. 505)

1.3.1.2. Consideraciones sobre el modelo angloamericano

Una vez esbozadas las características principales de este modelo, se observa que dependerá de la empresa y su modelo de negocio cómo adoptar estrategias de optimización. Haciendo una extrapolación al contexto colombiano, es posible denotar que varias empresas han adoptado este esquema de gobierno (sin antes estudiar cómo fue concebido) para la búsqueda de beneficios económicos a corto plazo. Sin embargo, se observa que, bajo este arquetipo característico de empresas listadas en bolsa de valores, en el contexto latinoamericano, tanto la junta como los accionistas tendrán un único propósito; la búsqueda de provecho económico inmediato. Esto, necesariamente generará que se deje de lado la verdadera evolución de la empresa, por ejemplo, la adopción de códigos de ética y conducta, el establecimiento de políticas de remuneración y sucesión, adopción de prácticas contables de acuerdo con las normas NIIF (Normas Internacionales de Información Financiera) y la auditoría interna.

Con base en lo anterior se descubre el siguiente paradigma: si bien hay una armonización de los órganos de la compañía hacia una meta común, una situación que *per sé* se entiende como una buena práctica de gobierno, el punto de partida es desacertado. La búsqueda del provecho económico se debe abordar desde la optimización de la corporación en todos sus ámbitos, una vez esto se logre, los beneficios económicos llegarán por añadidura.

Sin embargo, si se toma el punto de partida inverso, el retorno de la inversión seguramente será inmediato dado que todos están en búsqueda del mismo propósito, pero a mediano y largo

plazo la empresa carecerá de elementos de sostenibilidad, elementos que se encuentran en las buenas prácticas de gobierno. El anterior argumento se puede ver sustentado de manera muy ilustrativa en el caso de Interbolsa. Dicha compañía encargada del manejo del portafolio de inversión de cientos de personas cayó en el paradigma descrito anteriormente.

Tanto la cúspide de la empresa, como los inversionistas, buscaron un escenario que les permitiese retornar su inversión de la manera más pronta posible. Al alcanzar este propósito las metas de inversión fueron subiendo, la remuneración de los miembros de junta fue escalando y en general todos los ámbitos netamente económicos de la institución se ampliaron, creando una burbuja que explotó eventualmente.

Hecho el análisis del descalabro financiero más grande del país, fue imposible encontrar una serie de medidas preventivas al respecto, desde el punto de vista de las buenas prácticas de gobierno. No existió una adopción seria de normas de ética y conducta, una política de responsabilidad de los organismos de dirección, así como de su propia sucesión, una serie de auditorías internas periódicas que permitiesen evidenciar el flujo de los recursos y en general una estructura de transparencia.

El caso que se pone de presente, es explicativo de una tendencia propia de nuestra región en donde se prioriza el beneficio económico antes que la organización seria de la corporación, y este conflicto nace desde el poco entendimiento que se tiene sobre el modelo abierto o angloamericano de gobierno corporativo que, si bien es el más propicio para la apertura económica, cuando es utilizado de manera incorrecta o con los fines erróneos, es a la vez el más peligroso para la supervivencia de la empresa a mediano y largo plazo.

1.3.2 Modelo de gobierno corporativo germano

Como parte del estudio de los modelos de gobierno existentes en la actualidad se hace necesario hacer referencia al modelo germano, que es sumamente diferente a los otros modelos, por la estructura particular que presenta en la dirección de la compañía.

En este esquema podemos observar que se estructura un modelo dual de la junta directiva; por un lado, la dirección ejecutiva y por otro lado una junta mixta con fines de supervisión compuesta de miembros nominados por los accionistas y miembros nombrados por empleados de la compañía. Es característico de este modelo, a diferencia del modelo angloamericano que hay representantes de los trabajadores, que, si bien son profesionales, no son administradores propiamente. (Sheehy, 2004)

Con base en lo anterior, el modelo dual de junta directiva presenta una apertura y una visibilidad hacia los negocios de la corporación. El sistema de “co-determinación” (Nunnenkamp⁵, 1995) en donde los empleados o sindicatos pueden nombrar miembros en la junta, de utilizarse bien podría abrir las puertas a una mejor práctica de gobierno corporativo donde los derechos de los trabajadores se vean constantemente representados y no sólo ante el surgimiento del conflicto. En comparación con el modelo angloamericano, el modelo germano se encarga de suplir los vacíos dejados por el anteriormente estudiado ya que al tener dos “niveles” de junta directiva tendrá un nivel dedicado exclusivamente al manejo de los recursos y a la búsqueda de provecho económico y otro nivel dedicado a discutir de manera vinculante los intereses no sólo de los inversionistas, sino de los trabajadores de la empresa.

1.3.2.2. Consideraciones sobre el modelo germano

⁵ Peter Nunnenkamp. Profesor y miembro perteneciente del Instituto Kiel para la Economía Mundial (Alemania).

Al practicar un análisis del modelo germano a nuestra región se deben tener en cuenta ciertas consideraciones. En primer lugar, este esquema de gobierno corporativo presenta un modelo de implementación sumamente limitado, dado que sólo es posible de aplicar en empresas que cuenten con un número alto de empleados. En lo que respecta a Colombia, de acuerdo con las normas NIIF solo aplicaría para el esquema de gran empresa donde la planta de personal sea superior a los doscientos trabajadores. En segundo lugar, la presencia de representantes de sindicatos y empleados puede tener ciertas implicaciones en materia de gobierno corporativo si se tienen en cuenta los motivos o razones por los cuales se nombrarán a dichos miembros ya que los empleados no estarán preocupados por el retorno de la inversión de los accionistas, sino por la estabilidad en sus puestos de trabajo (Nunnenkamp, 1995).

Dadas las características socioeconómicas de la región, donde los sindicatos son sumamente poderosos y las legislaciones laborales son proteccionistas, la armonización de tantos cuerpos colegiados en el seno de la dirección de la empresa podría presentarse como un problema a largo plazo. Si bien este modelo es el que permite más inclusión y transparencia en las decisiones de la compañía, esta podría verse atrapada en una serie de relaciones internas en donde no se permita la toma de ninguna decisión en general. De acuerdo con el Instituto Kiel para la Economía Mundial, la crítica más seria a este modelo es el alto nivel de colusión interna que puede generar, con base en el sistema de co-determinación y la búsqueda de intereses propios de cada facción al interior de la empresa (Nunnenkamp, 1995, p. 27). Es de público conocimiento que Latinoamérica y en particular la región andina sufre índices elevados de corrupción, escenario propicio para el fomento de la colusión entre los miembros de los organismos de dirección de este modelo aplicable a grandes empresas.

Con base en las razones anteriormente expuestas, el modelo germano presenta un grado alto de sofisticación para la región, pero, de ser implementado de una manera correcta con estudios de factibilidad previos, podría ser el detonante para la adopción del mismo y la apertura para el una de las primeras fases de las buenas prácticas de gobierno corporativo; la adopción de un modelo con fundamentos, aplicables a cada situación en particular.

1.3.3.1 Modelo de gobierno corporativo japonés

Para culminar el estudio de los tres modelos de gobierno corporativo más significativos a nivel mundial, se analizará el modelo de gobierno japonés o asiático. En lo que respecta a la flexibilidad del modelo, quizás este es el modelo más novedoso dada una situación particular; las empresas japonesas en su mayoría han ignorado la herencia americana y han operado desde un sistema extralegal (Sheehy, 2004).

Así mismo, otra de las razones por las cuales el modelo de gobierno japonés es novedoso, es por el establecimiento de una regla paradójica pero sumamente efectiva; los accionistas no son gobernantes (Allen⁶ & Zhao⁷, 2007, p. 1). La visión articulada del modelo japonés de gobierno corporativo permite que la corporación se concentre en el desempeño eficiente. Lo anterior, necesariamente implica que se tengan en cuenta una serie de variables diferentes al provecho económico, como lo son los derechos de los trabajadores, las relaciones con proveedores y con el consumidor. La situación descrita abre las puertas a la adopción de las mejores prácticas de

⁶ Franklin Allen. Profesor emérito de finanzas en la escuela de negocio Wharton de la Universidad de Pennsylvania.

⁷ Mengxin Zhao. Ph.D. en finanzas y profesor de *Bentley University* en Massachusetts, Estados Unidos. Junto a Franklin Allen, se encargó de analizar el panorama actual de los modelos de gobierno corporativo.

gobierno corporativo por las siguientes razones: se presenta una transparencia interna para la satisfacción de los intereses de todos los participantes del negocio, hay una armonización de los organismos de dirección necesaria, y como consecuencia genera una rendición de cuentas eficiente para todas las partes involucradas, y al renunciar a la búsqueda del provecho económico de manera exclusiva, se está renunciando a un interés netamente altruista, abriendo las puertas de una manera mucho más sencilla a procesos de auditoría interna. En lo que respecta a la junta directiva, el modelo japonés, como se expresó anteriormente, remueve la influencia del accionista. En este sentido, el tamaño de las juntas de las principales empresas en el país nipón es más grande que en otros países, con miembros más que todo internos y no independientes, los cuales no conocen de primera mano el modelo de negocio. (Allen & Zhao, 2007).

1.3.3.2. Consideraciones sobre el modelo japonés

En lo que respecta al modelo japonés, es acertado decir que en la región la implementación de este modelo es realmente poca. En Colombia, particularmente, prima la creación de juntas directivas con pocos miembros y con un alto grado de poder. En segundo lugar, una de las principales características del modelo japonés de gobierno es el establecimiento claro de una política de remuneración y sucesión de los miembros de junta.

Esta realidad es ajena a la mayoría de las empresas en la nación dado que no es posible encontrar una remuneración fija con posibilidad de graduación dada la carencia de documentos que sirvan de sedimento en materia de gobierno corporativo. Adicionalmente, se encuentra una serie de miembros “atornillados” en el poder de la compañía, haciendo sumamente engorrosa la

sucesión en el organismo de dirección y por ende el atasco de la compañía en varios aspectos, incluido el económico.

Por otro lado, en el modelo japonés, la figura del presidente de la compañía o CEO ostenta un nivel muy alto de poder (Allen & Zhao, 2007, p. 7). Sin embargo, se observa que, en el contexto latinoamericano, en la mayoría de las compañías el CEO no tiene una gran duración dada la inmensa presión que ejercen la junta directiva y los accionistas, precisamente, en la búsqueda de provecho económico, sin tener en cuenta otros factores de optimización de la empresa. Por último, se debe abordar la situación de la responsabilidad de los miembros. En el modelo japonés existe un alto grado de responsabilidad en la administración de la compañía, en los casos en donde hay una incompetencia o mal manejo de los recursos las penalidades sirven no sólo para permitir una sucesión en la cúspide, sino que también se presentan como incentivo para el buen desempeño. Esta característica específica no está presente en los modelos de gobierno nacionales. Si bien existen una serie de normas relacionadas, particularmente la Ley 222 de 1995 que consagra la responsabilidad de los administradores, las soluciones extralegales, es decir, al interior de la empresa, son pocas o nulas.

Los modelos que se ponen de presente en esta sección son modelos de gobierno al interior de la empresa, sin embargo, las buenas prácticas de gobierno trascienden la aplicación de un modelo particular. De cumplirse ciertos parámetros en la aplicación de las buenas prácticas, los rendimientos al interior de la sociedad serán una consecuencia necesaria, incluso dichos rendimientos se verán potencializados si existe un respaldo del Estado en la creación de herramientas legales vinculantes.

1.4 Análisis de la regulación actual en la materia en el contexto colombiano

Hecho el recuento histórico sobre el significado de un “gobierno corporativo”, sus antecedentes modernos y sus principales formas de implementación o de adopción, se debe realizar un estudio transversal de estas tres secciones denotando el estado actual de las buenas prácticas de gobierno en la nación, observando qué soluciones o recomendaciones legales existen sobre el tema actualmente en Colombia.

Si bien el recuento no es de mayor extensión, dada la poca normatividad existente en el país sobre la adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo, no se puede dejar de lado una observación; el panorama está cambiando en el país. El estudio de la noción de las buenas prácticas de gobierno como medida para optimizar el vehículo societario y como consecuencia minimizar los conflictos, se abordará a partir del análisis de las dos soluciones legales más importantes en esta materia actualmente. A nivel nacional, el Código País expedido por la Superintendencia Financiera, y a nivel internacional las recomendaciones expedidas por la OCDE.⁸

1.4.1. Expedición del “Código País” sobre mejores prácticas de gobierno corporativo

El 11 de mayo de 2007, mediante la circular externa No. 028, la Superintendencia Financiera de Colombia dotó al sector corporativo nacional de una de las herramientas más infravaloradas en el ordenamiento colombiano. Si bien podría decirse que este es un instrumento de *soft law* dado que su contenido está compuesto de recomendaciones no vinculantes, su expedición por la máxima autoridad financiera en el país con participación de la ANDI⁹, Asobancaria¹⁰,

⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, fundada en 1961 y compuesta por 37 estados.

⁹ Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, fundada en 1944

¹⁰ Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, fundada en 1936.

Asofiduciarias¹¹, Asofondos¹², la Bolsa de Valores de Colombia, Confecámaras¹³ y Fasecolda¹⁴ la hace una herramienta legal de gran importancia. Adicionalmente, en el año 2014 el presente código sostuvo una actualización, mucho más especializada en cuanto a las recomendaciones mediante la expedición de la circular 028 de 2014, dichas recomendaciones se estudiarán de manera transversal con el original Código País y cómo este fue introducido al contexto nacional, bajo un enfoque comparativo en cuanto a la expedición de los otros compilados internacionales de recomendaciones en la materia.

Dicho lo anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia en el año 2007 bajo la expedición de la circular 028, más que una obligatoriedad en la implementación de las buenas prácticas, buscó generar una guía de gobierno corporativo para las empresas domiciliadas en el país. Al respecto lo manifestó en la introducción de este compilado de recomendaciones: “la experiencia internacional demuestra que el mejoramiento de las prácticas de buen gobierno requiere de la acción conjunta de las autoridades gubernamentales, las empresas y los inversionistas, mediante la combinación de normas obligatorias con esquemas de autorregulación y cumplimiento voluntario.” (Superintendencia Financiera, 2007). Con base en esto, se puede decir que la máxima entidad financiera en el país buscó una armonización de tres grupos del sector corporativo nacional, cada cual con sus propios objetivos. En primer lugar, los inversionistas, los cuales buscan una seguridad en el retorno de su inversión; en segundo lugar, las empresas nacionales e internacionales domiciliadas en Colombia, las cuales se encuentran en búsqueda de una optimización de su funcionamiento que les permita un mayor beneficio

¹¹ Asociación de Fiduciarias de Colombia, fundada en 1991.

¹² Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías, fundada en 1994.

¹³ Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, fundada en 1969

¹⁴ Federación de Aseguradores Colombianos, fundada en 1976

económico y; las autoridades gubernamentales que se enfocan en la profesionalización del sector corporativo colombiano para responder con los avances de la inversión extranjera y la apertura del país al comercio internacional.

Con base en lo anterior, habiendo identificado los objetivos de cada una de las partes que se ven cobijadas por el código, su estructura inicial y el contexto de su expedición, la investigación se centrará en el Código País 2014, el cual fue expedido mediante la circular 028 de 2014 para actualizar el compilado lanzado en el año 2007. La actualización de dicho código se explica por una sencilla razón: “el Gobierno Corporativo no es un fin en sí mismo, que culmina con la implementación a través de distintos documentos societarios de buenas prácticas de Gobierno Corporativo, sino que debe ser entendido como el medio” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014, p. 2). Como lo indica de manera muy acertada la autoridad financiera, el concepto de gobierno corporativo no culmina con la adopción de una serie de recomendaciones, ni con la creación de una serie de reglamentos, sino que debe ser tomado como un medio de constante optimización de la corporación o empresa.

De manera adicional, la autoridad financiera ha tenido en cuenta los avances de la CAF¹⁵, organismo que se ha encargado de discutir temas de buenas prácticas de gobierno corporativo en la región andina e inclusive ha financiado el fomento de estas prácticas en Colombia en alianza con la Superintendencia Financiera. Expresado el dinamismo que posee la noción de buenas prácticas de gobierno y los fundamentos para actualizar dicho compilado de recomendaciones, se entrará en materia estudiando el grueso de las medidas y proposiciones concretas, con base en este Código País 2014. Lo anterior, dado que, en la actualidad estas

¹⁵ Corporación Andina de Fomento. Institución financiera integrada por 12 países latinoamericanos encargada de promover el comercio en la región por ejemplo mediante préstamos y cofinanciamiento.

medidas son las que rigen en Colombia junto con el mecanismo de adopción del código por parte de las empresas.

De manera previa, se explicará cómo las empresas deben seguir los lineamientos del Código País hoy en día. Se debe indicar que el código posee un mecanismo de adopción voluntaria, de forma que las empresas pueden decidir qué medidas del código aceptan y cuáles no. Sin embargo, las corporaciones sí están obligadas a enviar a la Superintendencia Financiera un “Reporte de Implementación de Mejores Prácticas Corporativas”, basado en el principio de “cumpla o explique”. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014). El mecanismo entonces, se sigue de la siguiente manera: en primer lugar, hay un diligenciamiento obligatorio del reporte de implementación; luego, si adopta las medidas la empresa deberá describir las formas mediante las cuales lo hizo; en caso de no adoptar las medidas deberá explicar las razones por las cuales no lo hizo; y; por último, si por razones legales no adopta las recomendaciones debe indicar que no aplica (N.A) indicando por qué razón no le es posible. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014).

Ahora bien, explicado el mecanismo de adopción de las medidas del código, se analizarán qué recomendaciones expidió la Superintendencia Financiera con el Código País 2014. El presente código presenta cinco grandes bloques de medidas que representan un total de 148 recomendaciones. Los bloques de medidas están descompuestos de esta manera: un primer bloque relacionado con derechos y trato equitativo de accionistas, un segundo bloque de recomendaciones para la celebración de la asamblea de accionistas, un tercer bloque enfocado a la junta directiva, un cuarto bloque relacionado con la arquitectura de control y un quinto y último bloque sobre transparencia e información en el interior de la empresa.

En primer lugar, en lo que respecta a los derechos y el trato equitativo de los accionistas, la Superintendencia Financiera indicó que:

Los derechos de los accionistas y los mecanismos para su ejercicio son uno de los temas más relevantes desde la perspectiva de Gobierno Corporativo, ya que éstos, independientemente de que sean accionistas controlantes, significativos o minoritarios, son los verdaderos propietarios de la empresa. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014, p. 5).

Lo anterior, es de especial relevancia dado que se recuerda uno de los principios básicos de cualquier empresa, los inversionistas son quienes aportan el capital, una situación que hoy en día es fácilmente olvidada por los miembros de junta directiva.

Por otro lado, el Código País 2014 se encarga de abordar el significado de trato igualitario, indicando que los accionistas que ostenten una misma clase de acción, independiente de su número, tendrán las mismas condiciones, de forma que ninguno pueda recibir información antes que otro, sea o no privilegiada. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014). Dicho esto, se establece otra circunstancia básica de las relaciones entre inversionistas; algunos realizan aportes de capital más importantes que otros, permitiéndoles un tipo de diferente de acción, por esa razón no se puede propender por una igualdad generalizada de los accionistas. Lo que sí se puede garantizar, es que las personas que ostentan la misma clase de acción sea con voto o sin derecho al mismo, se encuentren en las mismas condiciones al interior de la empresa.

En línea con la medida anterior, el Código País describe lo siguiente: “la información debe ir a los accionistas y no que los accionistas tengan que ir a la información, reforzando el derecho de los accionistas a recibir información y transformándolo en una obligación de la sociedad de proveerla” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014, p. 6). El hecho de que la autoridad

financiera indique que proveer información a los accionistas sea una obligación de la sociedad, necesariamente les transfiere la responsabilidad a los organismos de dirección, elevando la carga de responsabilidades que estos tienen en la actualidad.

Estas son las medidas más relevantes en materia de derechos y trato equitativo de accionistas. Adicionalmente, el código trata otra serie de recomendaciones, relacionadas con el suministro de información en eventos en donde exista una dilución de capital, mecanismos de acceso a información en sitios web, realización de auditorías especiales y solución de controversias entre accionistas.

El segundo bloque de medidas se refiere a la realización de la asamblea general de accionistas de la empresa. En cuanto a la verdadera función de dicho organismo social, la Superintendencia Financiera indicó que: “(...) es la del control efectivo por parte de los accionistas de la marcha de la sociedad y, por consiguiente, de la actuación de la junta directiva” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014, p. 9). Lo citado, hace parte de una nueva dinámica que la entidad le pretende dar a este órgano social, de forma que la celebración de asambleas de accionistas se convierta en un verdadero espacio de control de las actuaciones de la dirección y no una simple asistencia de parte de los miembros, situación que se empeora con el otorgamiento constante de poderes para representar a ciertos accionistas en las reuniones.

Para ahondar más en la solución de este conflicto societario que es la indiferencia de parte de los accionistas de tomar un papel activo en las reuniones, la Superintendencia Financiera recomienda establecer de manera clara en los estatutos las funciones de los accionistas en la asamblea, contar con un reglamento que se encargue de delimitar el ejercicio del voto, una convocatoria adecuada a estas reuniones de forma que los inversionistas se enteren de manera

oportuna de la celebración de las estas y una sección de recomendaciones tendientes a eliminar la falta de información. De esta manera los accionistas tendrán toda la información de las decisiones que se tomarán en dicha reunión de manera previa, y teniendo en cuenta qué tipos de acciones hay presentes en la empresa, para garantizar una homogeneidad en el suministro de datos.

El tercer bloque de medidas está enfocado en la optimización de la junta directiva como principal organismo de dirección de la empresa. Como se estudió, existen diversas maneras de implementar el esquema de junta directiva, dependiendo de los modelos de gobierno corporativo que se adopten en la sociedad.¹⁶En muchos de los casos, dependiendo del tipo de sociedad, no se hace necesario la adecuación de una junta directiva. Ahora bien, en caso de adoptar este esquema, la Superintendencia Financiera se encarga expresar qué funciones son exclusivas de este órgano social. Al respecto indicó que, por ejemplo, se constituyen como funciones irrenunciables de la junta directiva las siguientes: “(...) las denominadas funciones generales de definición **estratégica**, **supervisión** de materias clave, **control** del giro ordinario de los negocios y gobierno” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014, p. 13). Con base en lo anterior, el Código País se encarga de no sólo establecer qué funciones se entienden como exclusivas de la junta, sino que más adelante, recomienda 32 funciones indelegables de este organismo social que deberán estar plasmadas en los estatutos sociales.

Este compilado de medidas de las funciones tienen una función práctica; el control del desbordado poder que han presentado las juntas directivas en los últimos años. A partir del establecimiento expreso de las funciones de la misma, se observa una reducción en la serie de

¹⁶ Ver: Sección. 1.3.

conflictos societarios que se podrían presentar, en la medida en la que se puede vigilar de manera atenta que dicho organismo social no esté atribuyéndose funciones inherentes a la asamblea general de accionistas o, por otro lado, delegando funciones exclusivas del órgano a terceros o a accionistas mayoritarios.

Adicional a esto, se encarga de prevenir bloqueos en el seno de la junta directiva, plasmando recomendaciones relacionadas con la definición de perfiles de miembros de junta, el número de integrantes que debe tener, los mecanismos de elección transparentes y una organización jerárquica, todo bajo la expedición de un reglamento de junta que consagre expresamente estas circunstancias. Finalmente, la Superintendencia Financiera aborda la creación de comités adscritos a dicho organismo, de los cuales resaltan principalmente dos; el comité de auditoría y el comité de gobierno corporativo. El segundo de ellos estará a cargo de velar por el cumplimiento de recomendaciones en la materia, además de las propuestas que se realicen en este sentido. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014). Esto resulta de particular interés, y demuestra un avance por parte de las autoridades colombianas, dado que no sólo expiden una serie de recomendaciones en gobierno corporativo, sino que también implementan la creación de cuerpos colegiados en el interior de la empresa exclusivamente dedicados a la optimización de este concepto.

El cuarto bloque de medidas se refiere a la arquitectura de control. La entidad financiera define esta sección como: “(...) un concepto integral que aglutina todo lo relacionado con ambiente de control, gestión de riesgos, sistemas de control interno, cumplimiento, información y comunicación y monitoreo” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014, p. 30). Con base en esta definición, la Superintendencia Financiera se encargó de crear una nueva categoría de recomendaciones que no estuvieron presentes en el Código País 2007, buscando proveer

seguridad en todas las decisiones que se tomen en la cadena de inversión, desde los accionistas hasta la cúpula de dirección. Adicionalmente, la Superintendencia Financiera demuestra un estudio internacional en la materia dado que cita como fuente de estos sistemas a COSO, organización estudiada anteriormente como fuente histórica de desarrollo de la noción de gobierno corporativo.

Incluso, la autoridad financiera, para esquematizar las recomendaciones de arquitectura de control dentro de la empresa utiliza el método COSO: “De acuerdo con COSO, la Arquitectura de Control puede desagregarse en cinco (5) grandes componentes: (i) ambiente de control, (ii) gestión de riesgos, (iii) actividades de control, (iv) información y comunicación y (v) monitoreo.” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014, p. 30). El hecho de que la entidad se encargue de generar una optimización de la administración del sistema de riesgos al interior de una empresa al citar una organización de alta reputación en la materia como COSO, implica que hay una preocupación seria en la materia y una búsqueda de progreso en la implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo.

El quinto y último bloque de medidas, se refiere a la transparencia en la información. En esta serie de medidas, si bien se diferencia con el Código País 2007 en cuanto a que este último se refiere a la “revelación” de información, el grueso de las medidas es similar y además el nombre transparencia le otorga mayor dinamismo. Este último módulo de medidas expedidas por la Superintendencia Financiera se encarga de hacer recomendaciones específicas dentro de las cuales se encuentran la implementación de una política de revelación de información no sólo a los accionistas sino a partes vinculadas de la empresa y las operaciones que se realicen con éstas, revelación de información que no necesariamente es financiera, e información que se revela de manera externa. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014).

Explicado el contexto de la expedición del Código País, su mecanismo de adopción por parte de las empresas colombianas, el alcance de este y un recuento de las principales buenas prácticas de gobierno corporativo recomendadas, se deben realizar unas precisiones. En primera medida, resulta claro que este compilado de recomendaciones se presenta como una herramienta de suma utilidad para el sector corporativo nacional. Como se indicó, su estructura y el grueso de sus recomendaciones presentan un alto nivel de sofisticación comparado con los instrumentos internacionales de gobierno corporativo estudiados en el presente capítulo e incluso citando los mismos dentro del compilado final. Sin embargo, el mecanismo de adopción de las recomendaciones si bien es avanzado bajo las circunstancias de “cumpla o explique”, hace que el instrumento sea infravalorado en el sector corporativo nacional dada la falta de consecuencias para las empresas que no expliquen de manera seria la no adopción de las principales recomendaciones de mejores prácticas de gobierno corporativo. Lo anterior, se estudiará más a profundidad una vez se complemente el estudio de las recomendaciones en materia de gobierno corporativo esbozadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico como segunda herramienta aplicable al contexto local, pero revestida de alcance internacional.

1.4.2. Principios en materia de buenas prácticas de gobierno corporativo establecidos por la OCDE y el G-20

Una vez analizado el Código País, junto con sus actualizaciones y la relevancia que posee en el sector nacional, se debe estudiar lo dicho por la OCDE¹⁷ en lo que respecta a la evaluación

¹⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) fundada en el año 1961, con 36 países miembros, dedicada al estudio del bienestar económico de los países y sus ciudadanos.

de la legislación nacional en la materia y las recomendaciones a las cuales Colombia se debe adaptar con ocasión de su entrada a este organismo.

El 25 de mayo de 2018 los países miembros acordaron invitar a la República de Colombia a ser parte de esta organización sujeto a la adopción de los estándares de la OCDE. Gracias a este proceso de adherencia, la OCDE tendrá en cuenta las evaluaciones hechas al país, dentro de las cuales, sin duda, destacará el análisis del gobierno corporativo, no sólo en cuanto a las empresas privadas más importantes, sino también el realizado a las empresas públicas y la legislación actual en la materia. Con base en lo anterior, se estudiarán los principios en materia de gobierno corporativo de la OCDE y el G20¹⁸ actualizados en el año 2016, como segunda herramienta extralegal de relevancia en Colombia en materia de gobierno corporativo.

Los principios de gobierno corporativo de la OCDE a estudiar, establecen un objetivo muy claro: “facilitar la creación de un ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad en el negocio”. (OCDE, 2016, p. 7). Dicho esto, la organización internacional multilateral se encarga de establecer una serie de principios que estén de acuerdo con dicho objetivo y de esta forma se permita fortalecer no sólo la empresa, sino el Estado y la legislación concordante.

Los principios por estudiar proporcionan a los accionistas y órganos de dirección de la empresa una serie de incentivos para que funcionen dentro del sector corporativo nacional colombiano dentro de un esquema claro de frenos y contrapesos con respecto a la regulación estatal y la iniciativa privada. (OCDE, 2016).

¹⁸ El Grupo de los 20 (G-20) es un foro de los veinte países con mayor poder económico a nivel mundial, que se reúnen de manera periódica a debatir sobre temas como el sector financiero internacional, lucha contra el terrorismo y en general cualquier aspecto económico, incluidas las economías emergentes.

Así pues, se hablará del primer principio esbozado por la OCDE; la consolidación de una base legislativa para antes aplicar un esquema de gobierno corporativo. De entrada, resalta la siguiente aseveración hecha por la organización: “los elementos legislativos y reglamentarios del marco de gobierno corporativo pueden ser complementados con elementos jurídicos persuasivos basados en el principio de <<cumplir o explicar>>” (OCDE, 2016, p. 13). Con base en lo citado, la OCDE indica que además de la reglamentación interna que deben cumplir las empresas como lo es la implementación de un código de buen gobierno, estos deben estar acompañados de herramientas legales, situación que coincide con la existencia del Código País en Colombia, el cual escogió el sistema o mecanismo de adopción mencionado. Haciendo una revisión literal de la aplicación de este principio podemos observar que se cumple a cabalidad, sin embargo, este principio contempla muchas más aristas.

La primera de ellas hace referencia a que el esquema legislativo aportado al contexto empresarial debe ser flexible (sobre todo en el esquema de propiedad) de forma que las empresas con fines económicos diferentes se puedan adaptar a las exigencias mínimas para la adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo. (OCDE, 2016).

En segundo lugar, debe existir una división de responsabilidades de las entidades de acuerdo con la OCDE. Esto permite que la legislación sea homogénea, evitando conflictos de competencia y abriendo la puerta a una supervisión integral de la estructura de las empresas. Finalmente, el otro ítem al que hace referencia este principio es el de la cooperación internacional. Según la organización, es importante que el intercambio de información sea implementado, de forma que se permita un suministro de datos importantes en materia de gobierno corporativo de las empresas que tienen negocios en otros países independiente de estar listadas o no en bolsa de valores.

El segundo de los principios que desarrolla la OCDE hace referencia a uno de los temas más importantes que se intenta adoptar y que en sí constituye una buena práctica de gobierno corporativo; el trato equitativo de los accionistas. “El marco del gobierno corporativo protegerá y facilitará el ejercicio de los derechos de los accionistas y garantizará el trato equitativo a todos ellos, incluidos los minoritarios y extranjeros” (OCDE, 2016, p. 18). Sin embargo, indica la organización, no se trata que los accionistas administren o gestionen la empresa, sino que deben tener la posibilidad de gozar de los mismos derechos, tomar decisiones informadas, y en general poder tener todas aquellas funciones que debe tener un accionista independiente de su nivel de participación en la empresa como por ejemplo la elección de miembros de junta directiva, aprobar decisiones extraordinarias, modificar el contrato social o los reglamentos de la compañía.

El tercero de los principios de esta guía hace referencia a los inversionistas, intermediarios y el mercado de valores. Hoy en día la cadena de participantes en la empresa es extensa, razón por la cual ya no se observa una relación directa entre la propiedad y el retorno económico. (OCDE, 2016). Por esta razón, es que la toma de decisiones en la mayoría de los casos no es del interés del inversionista, sino únicamente el retorno de su inversión dentro de un plazo establecido.

Lo que recomienda la organización es que los “inversores institucionales revelen sus políticas relativas al gobierno corporativo” (OCDE, 2016, p. 32). Al hacer referencia a un “inversor institucional” está haciendo referencia a los grandes bancos, sociedades financieras o compañías dedicadas a este tipo de inversiones en gran volumen.

El hecho de que estas personas jurídicas revelen la forma en la que toman sus decisiones en el seno de la empresa implica un beneficio no sólo a la misma, sino a los demás accionistas. Incluso, indica la OCDE que en varios países se ha implementado el esquema de “códigos de gestión” en donde se establece como participarán los accionistas y de esta forma todos los mecanismos de toma de decisiones son transparentes.

Adicional a este componente, también se habla dentro de la guía de un módulo importante de fomento de estructuras de gobierno claras de parte del mercado de valores como interviniente en el desarrollo de la empresa, la prohibición de realización de operaciones con información privilegiada y otras cuestiones tendientes a minimizar los conflictos de interés en toda la cadena de inversión de la empresa.

El cuarto de los principios de gobierno corporativo de la OCDE, hace referencia a el rol que juegan aquellos interesados en el gobierno corporativo. De acuerdo con la organización internacional: “el gobierno corporativo también implica encontrar formas de motivar a los distintos actores interesados de una empresa para alcanzar niveles económicamente óptimos de inversión en capital humano y físico específico a la misma” (OCDE, 2016, p. 37). El anterior principio, comporta un abanico de recomendaciones no presente en los instrumentos legales estudiados anteriormente, dado que consagra de manera explícita el respeto a los derechos de los trabajadores de la empresa u otros aspectos antes no contemplados en las guías de gobierno corporativo.

El quinto principio de gobierno corporativo es común a todos los instrumentos de recomendaciones en la materia; la revelación de información y transparencia de las empresas. La organización apoya que las empresas privadas, públicas y en general todos aquellos

vehículos de inversión divulguen de manera *oportuna* información relevante, no sólo a las autoridades sino a sus propios inversionistas. (OCDE, 2016). Lo anterior incluye operaciones especiales, información financiera y no financiera y situaciones generadoras de conflicto de interés dentro de la empresa.

Como última recomendación, la OCDE establece un último principio tendiente a fortalecer las responsabilidades de la junta directiva o consejo de administración. Este principio, merece especial detenimiento.

Lo anterior, dado que indica que la verdadera función de este organismo no sólo envuelve la rendición de cuentas a los accionistas, sino que también está obligado a actuar en interés de estas personas. (OCDE, 2016). Este principio, como quiera se presenta como básico para cualquier modelo de negocio, es olvidado por muchas de las juntas directivas de las principales empresas. Adicional a recordar la implementación de este principio fundamental, la organización propone otro pilar para la actuación de la junta directiva y es la actuación de buena fe, de manera diligente y no sólo en favor de los accionistas, sino del interés de la sociedad en conjunto.

La anterior aseveración otorga una nueva dimensión a una buena práctica de gobierno corporativo tradicional; la toma de decisiones respetando el mercado en el que se encuentra la empresa y conforme a las normas preestablecidas.

Así pues, y habiendo realizado la síntesis de los principios establecidos por la OCDE en compañía del G-20 se debe realzar su importancia. En el presente compilado de recomendaciones se encuentran elementos no presentes en los códigos de buen gobierno de las principales compañías a nivel nacional, así como en la legislación actual en la materia, tomando como base la expedición del Código País. No obstante, para determinar el impacto de estas

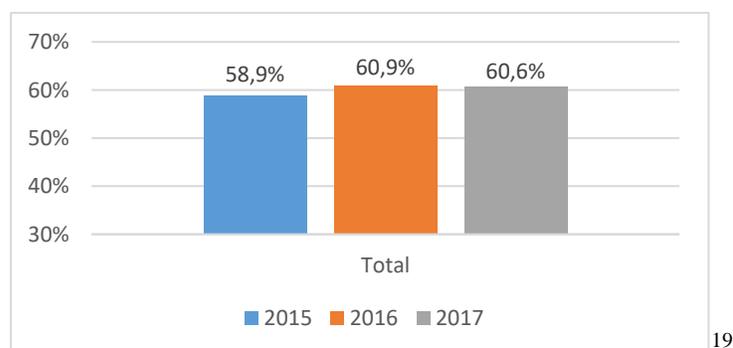
herramientas en el contexto nacional, se deben analizar una serie de resultados concretos en la materia.

1.4.3. Adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo en Colombia y estado actual en la materia

Para analizar cómo se ha dado la adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo en Colombia, se analizarán los resultados de la implementación de las recomendaciones esgrimidas por el Código País conforme al informe anual expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia y se complementará con un diagnóstico de la situación actual de los esquemas de gobierno del país con base en los estudios de la OCDE.

Con corte a la fecha de la presente investigación, se analizarán los resultados brindados por la Superintendencia Financiera, en el período comprendido entre 2015 y 2017, desde la actualización del Código País.

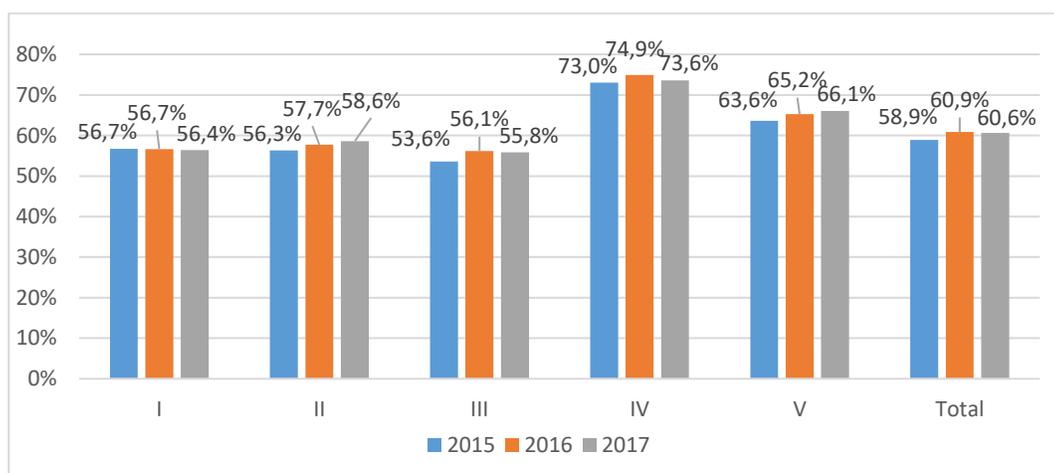
De acuerdo con la entidad, culminando el 2017, 129 empresas de aquellas que enviaron el reporte de adopción de buenas prácticas de gobierno, 60,6% de ellas lo adoptaron por iniciativa propia como se evidencia en el siguiente gráfico:



¹⁹ Figura 1: (Superintendencia Financiera de Colombia, 2017, p. 21).

De lo anterior se colige que, si bien más de la mitad de las empresas listadas en Colombia se encuentran adheridas al esquema propuesto por el Código País, en el período comprendido entre 2015 y 2017 existió un crecimiento pequeño en la adopción, incluso estancándose en el año final del informe. Esta última circunstancia, según la entidad, se dio gracias a una actualización del reporte en los primeros meses del 2018 y dichas actualizaciones no fueron contabilizadas en el informe. (Superintendencia Financiera, 2017).

Analizado el porcentaje de implementación de las recomendaciones esbozadas por el Código País, la autoridad financiera colombiana también se encargó de analizar en general en qué áreas o bloques de recomendaciones ha existido mayor acogida por parte de las empresas colombianas.



20

Como se indicó en la presentación del esquema de recomendaciones²¹ del Código País, existe un bloque relacionado con recomendaciones a la asamblea de accionistas (columna II), y otro en relación con la revelación de información (columna V), los cuales mostraron un crecimiento progresivo, que bajo un análisis preliminar informa que estas son las áreas de mayor interés para

²⁰ Figura 2: (Superintendencia Financiera de Colombia, 2017, p. 22).

²¹ Ver: Sección 1.4.1. página 40

las empresas que llenaron el reporte de implementación del Código País. Por otro lado, el código presenta otros módulos de recomendaciones referentes a el trato equitativo entre accionistas (columna I), junta directiva (columna III) y arquitectura de control (columna IV) los cuales sufrieron disminuciones, constituyéndose así, como las áreas de menor interés o refuerzo por parte de las empresas. Existe un interés por parte de las empresas en mejorar las reuniones de sus inversionistas, brindando un mayor grado de participación y una aplicación seria de la revelación de información, razón por la cual existe una tendencia a preocuparse por los asuntos internos de la compañía. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2017).

Así mismo, la autoridad estatal se encargó de revisar qué recomendaciones, de manera específica, si bien fueron adoptadas en un principio por las empresas, sufrieron un aumento o descenso en su implementación conforme al último reporte. Entre las que presentaron mayor crecimiento en su implementación por parte de las empresas colombianas, fueron aquellas relacionadas con la revelación de información, la elaboración de un informe anual de gobierno corporativo, cambios en el cumplimiento en esta materia y la asistencia de miembros de junta directiva a las reuniones del órgano social. (Superintendencia Financiera, 2017). Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la mayoría de las recomendaciones han sido adoptadas por más de la mitad de las empresas que llenaron la encuesta del código.

Por otro lado, las principales recomendaciones específicas del código que presentaron un descenso en su adopción en el período comprendido entre 2015 y 2017 son aquellas relacionadas con la periodicidad de las reuniones de junta, la revelación de salvedades u observaciones en el informe de revisoría fiscal a los accionistas, y en general los mecanismos de publicación de esquemas de gobierno en sitios web.

Finalmente, la Superintendencia Financiera de Colombia, brindó unas conclusiones sobre el presente informe. En primer lugar, más de la mitad de las empresas que encajan en el ámbito de aplicación del código se han adherido a las recomendaciones por iniciativa propia. En segundo lugar, el ingreso de Colombia a la OCDE se presenta como una herramienta para seguir fortaleciendo las mejores prácticas de gobierno corporativo en virtud de las recomendaciones que esta misma organización ha brindado a los países miembros y aspirantes.

En tercer lugar, se observa que si bien una de las categorías que no presentó un aumento fue la de arquitectura de control, esta se está convirtiendo en una necesidad tanto para las empresas listadas o no listadas dado que el contexto global económico exige un adecuado sistema de riesgos al interior de la empresa y hacia las relaciones con el mercado. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014).

Para ahondar aún más en el panorama de implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo nacional, la autoridad financiera colombiana comunicó que: “en el 100% de los emisores del COLCAP²², los Comités de Auditoría cumplen con su función de asesorar a la Junta Directiva en la supervisión de actividades fundamentales para una eficiente Arquitectura de Control” (Superintendencia Financiera de Colombia, 2017, p. 10). Lo anterior, no debe ser tomado a la ligera ya que es el primer paso hacia la prevención de posibles descalabros financieros en las empresas marco de la bolsa de valores de nuestro país.

En síntesis, se debe indicar que el Código País y el esquema de comunicación que lo rodea, lo hace el instrumento más importante en Colombia en materia de gobierno corporativo. La

²² Índice bursátil de la Bolsa de Valores de Colombia (BVC), que refleja las variaciones o cambios en los precios de las acciones más líquidas (con gran posibilidad de conversión en dinero) y donde la participación de cada acción se determina por el valor de la capitalización bursátil.

expedición de informes de implementación por parte de la Superintendencia Financiera, el acompañamiento que el gobierno nacional le ha dado a la materia y en general el promedio alto de aceptación que ha tenido, permite que el país siga avanzando hacia la dirección correcta en materia de gobierno corporativo.

Hecho el análisis de cómo ha evolucionado el país con base en esta medición, que a nivel macro es la más integral, se debe analizar qué estructuras presenta el país o esquemas de gobierno dentro de los vehículos societarios nacionales. Lo anterior, para que más adelante, y posterior al estudio comparado de la normatividad internacional en la materia, se puedan esgrimir de manera seria, proposiciones y argumentos a favor del beneficio de una adopción masiva de las buenas prácticas de gobierno corporativo en Colombia.

Dicho esto, en el año 2017, la OCDE lanzó un documento titulado “*Corporate Governance Factbook*”, el cual como su nombre lo indica, se presenta como un estudio comparativo del panorama global en gobierno corporativo, con hechos y sustentos que sólo esta organización puede obtener. La gran novedad de este estudio comparativo, es la inclusión del análisis de la estructura de gobierno corporativo en Colombia.

A continuación, se detallará el estudio hecho por la organización sobre la situación actual en materia de gobierno corporativo en el país. En primer lugar, resalta el análisis de las estructuras de propiedad. En Colombia, hay una concentración alta de la estructura de propiedad. Dentro de las compañías listadas, los accionistas controlantes retienen más de dos tercios del total de las acciones. (OCDE, 2017).

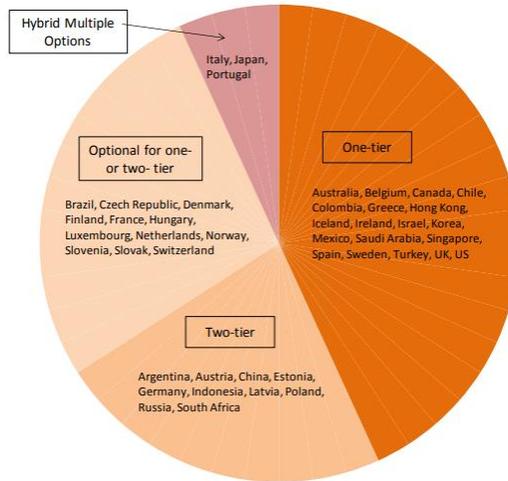
Posteriormente, la OCDE se encarga de estudiar qué tipos de reportes nacionales existen en materia de prácticas de gobierno corporativo, indicando que el reporte de la Superintendencia

Financiera cubre incluso instituciones no listadas en bolsa. De este estudio resalta que países como Brasil, Canadá, China, Noruega y Estados Unidos no poseen un reporte anual de implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo por parte de sus empresas, proveniente de una autoridad gubernamental oficial.

Ahora bien, en cuanto a las situaciones específicas de la asamblea de accionistas, la OCDE observó que, en Colombia, no hay una regulación específica en cuanto a la revelación de los votos en la asamblea. En primer lugar, no hay proceso formal en cuanto al conteo de votos requerido para las empresas, ni un período específico para revelar el sentido de los votos de cada accionista ni el porcentaje de abstenciones.

Si bien la empresa puede manejar todas estas circunstancias de manera interna, no hay una serie de requisitos tendientes a regular de manera formal esta situación. En lo que respecta a la aprobación de operaciones realizadas con partes vinculadas de la empresa, la OCDE resalta que, en pocos países como Colombia, Chile, Italia y Turquía, estas operaciones si se deben someter a la aprobación de los accionistas. Lo anterior resulta de importancia dado que estas operaciones son las principales generadoras de situaciones de conflictos de interés en el seno de la empresa. (OCDE, 2017). Ahora bien, en lo que respecta al modelo adoptado por las principales empresas colombianas en cuanto a la junta directiva, la OCDE la agrupa dentro del esquema de junta de un único nivel. Como se detalla en el gráfico inferior, este es el esquema más utilizado dado que existe una protección del órgano de dirección de la compañía al utilizar un único nivel, facilitando la toma de decisiones, como sucede en jurisdicciones como la estadounidense y la de Reino Unido.

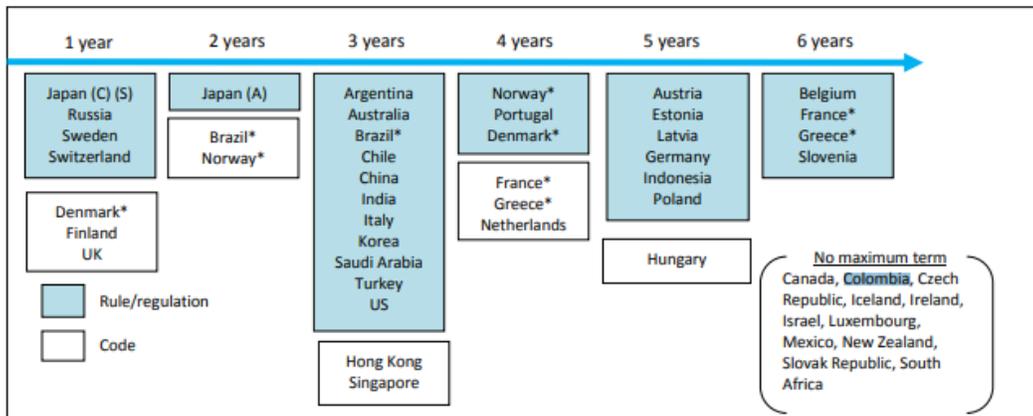
Figure 4.1 One-tier, two-tier, optional or hybrid?



23

La anterior situación se ve especialmente representada en lo que respecta a la conformación, elección y sucesión de los miembros de junta, dado que en las juntas directivas de un solo nivel hay una protección de las personas elegidas para dicho órgano.

Figure 4.2 Maximum term of office for the (supervisory) board members before re-election



24

Como se puede evidenciar en el gráfico que antecede, en Colombia no hay una ley que consagre el término máximo de duración de los miembros de junta directiva. Si bien existe la recomendación del Código País de incluir una política de sucesión de miembros dentro del reglamento de junta directiva, el hecho de que no exista una norma legal que lo respalde, abre

²³ Figura 3: (OCDE, 2017, p. 93).

²⁴ Figura 4: (OCDE, 2017, p. 94).

la puerta a el fenómeno de “atornillamiento” en el poder de parte de estas personas, una circunstancia que va en contra de todos los principios de buenas prácticas de gobierno corporativo y que es foco de conflictos societarios a largo plazo.

Analizados los hechos presentados por la OCDE, en cuanto a los esquemas de gobierno corporativo que se presentan en Colombia, se pueden derivar varias conclusiones. En primer lugar, a diferencia de varias jurisdicciones, existe una preocupación seria por parte de una entidad gubernamental en cuanto a la optimización y fomento de buenas prácticas de gobierno corporativo.

Adicionalmente, la autoridad financiera (SFC) se ha encargado no sólo de adoptar una política importante en la materia, sino que presenta resultados concretos en cuanto a la adopción de dichas prácticas en las principales empresas del país.

En segundo lugar, se observa que el país presenta un avance en cuanto a las decisiones aprobadas por los inversionistas y su inclusión en los negocios ordinarios de la compañía. Esta circunstancia, permite que haya un flujo constante de información. Por último, se observa que en el país se deben endurecer las recomendaciones tendientes a aumentar los privilegios de la junta directiva.

Se deben aumentar los controles de este organismo de dirección, más aún cuando varios de los miembros no son aportantes de capital y tienen una remuneración fija, pudiendo generar una eventual apatía en cuanto al principal motor de la compañía; el retorno de la inversión.

CAPÍTULO II – ESTUDIO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. Corporate governance regime. Delaware, USA

La primera jurisdicción que se debe estudiar en cuanto a la implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo es la de Delaware, estado situado al noroeste de Estados Unidos. ¿Qué características hacen a Delaware tan relevante en el estudio del derecho corporativo? La principal razón es que esta jurisdicción es la más avanzada a nivel global, no sólo en temas de gobierno corporativo sino en cuanto la legislación societaria y corporativa en general. El ordenamiento jurídico de este estado gira en torno a dos pilares fundamentales; la autorregulación y la flexibilidad. Lo anterior a tal punto, que más de la mitad de las empresas listadas en Estados Unidos se encuentran incorporadas bajo las leyes de esta jurisdicción. (Cheffins²⁵, 2015).

La jurisdicción en mención se rige por un cuerpo normativo denominado Ley Corporativa General del Estado de Delaware (Delaware General Corporation Law “DGCL”). Se debe recordar que este “código” regula asuntos internos de la corporación y la relación entre los órganos sociales de la misma, razón por la cual, no regula otros temas societarios como las normas de competencia, ley comercial general y regulación sobre negocio.

Adicionalmente, en las regulaciones del DGCL hay una política de flexibilidad, en donde hay relativamente pocas disposiciones obligatorias siendo estas las relativas a la protección del inversionista, como su posibilidad de votar en eventos que los requieran y el nombramiento de directivos. Incluso, se permite que en ciertos casos los directivos e inversionistas acuerden de manera inequívoca y concertada expliquen qué disposiciones obligatorias no seguirán tras haberlo concertado. Por ende, la regulación de este estado se presenta como una regulación *sui generis* en la materia, en la medida en que la mejor práctica de gobierno corporativo es la

²⁵ Brian Cheffins. Profesor de Derecho Corporativo en la Universidad de Cambridge.

autorregulación de las corporaciones. Así pues, las recomendaciones sobre la materia son descartadas si la empresa está llevando un buen desempeño en el mercado (Delaware General Corporation Law, s.f.).

2.2. Corporate governance code. United Kingdom

El código de gobierno corporativo del Reino Unido establecido en el año de 2016 es de gran relevancia para el presente estudio, dado que es el producto de la evolución del Reporte Cadbury, estudiado anteriormente como el gran antecedente de gobierno corporativo a nivel mundial. Adicionalmente, es el compilado de normas sobre gobierno corporativo más reciente, dado que su última actualización se dio en julio del año 2018 y empieza a regir para periodos contables posteriores al 1° de enero de 2019.

Este código, mantiene una estructura muy similar a la del Código País, en donde las empresas o corporaciones sujetas a las disposiciones del código deberán emitir un reporte anual indicando qué prácticas han adoptado y cuáles no, con base en el célebre método de “cumpla o explique”.

Al igual que el régimen de gobierno corporativo del estado de Delaware contiene capítulos específicos relacionados con buenas prácticas de gobierno corporativo en lo que respecta a junta directiva, división de responsabilidades, composición, sucesión y evaluación de los miembros del órgano social, auditoría interna, manejo de riesgos y remuneraciones al interior de la corporación.

2.3. Código de gobierno corporativo de España

El código de gobierno corporativo español es el resultado de un estudio en la materia que se adelantó desde el 1998 con el informe especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, también denominada como la Comisión Olivencia. Como

se puede evidenciar, el proceso de implementación de buenas prácticas de gobierno en España fue similar al del Reino Unido, donde en la década de los noventa hay una reunión de un comité especializado en la materia, seguido de una serie de informes y actualizaciones, y culmina con la expedición de un código formal, expedido por autoridades estatales con recomendaciones de buen gobierno para las empresas.

Ahora bien, dicho código, publicado en febrero de 2015, cuenta con el célebre principio de “cumpla o explique” adoptado en los códigos de Colombia y del Reino Unido, de lo cual se concluye que es el mecanismo más usado por las autoridades para reglar la adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo. Así mismo cuenta con una serie de principios, y una serie de bloques con recomendaciones prácticas de la siguiente manera:

- (i) aspectos generales;
 - (ii) junta general de accionistas (en otras jurisdicciones conocida como asamblea general) y;
 - (iii) Consejo de administración (en otras jurisdicciones conocido como junta directiva).
- (Comisión Nacional del Mercado de Valores, 2015)

2.4. Código de mejores prácticas de gobierno corporativo de Brasil

El código de mejores prácticas de gobierno corporativo de Brasil responde a uno de los centros de estudios más avanzados en Sur América. Lo anterior, gracias a la creación del Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) en el año de 1995 como entidad sin ánimo de lucro dedicada únicamente al estudio de buenas prácticas de gobierno corporativo de las empresas.

En el 2011, esta entidad lanzó el “Código de Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo” del Brasil, en donde recopila una serie de recomendaciones en la materia aplicables a todas las

regiones del país. Adicionalmente, tiene en cuenta los análisis de la Red de Institutos de Gobierno Corporativo de América Latina, dentro de la cual hay institutos de Argentina, Costa Rica, Chile, Ecuador, México, Panamá, Perú y la especial aparición de la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (Confecámaras).

El presente código está articulado con un capítulo especial dedicado a la propiedad de la compañía, una sección sin precedentes con conceptos como “una acción igual a un voto”, una sofisticación de la asamblea general de accionistas y mecanismos de transferencia de control. Por otro lado, contiene un capítulo sumamente detallado sobre la junta directiva incluyendo aspectos tan específicos como la “disponibilidad del tiempo” de los miembros de junta, recomendaciones sobre su participación en otras juntas y relaciones con accionistas, presidentes, comités y auditores. (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2011).

Adicionalmente, contiene cuatro capítulos más reducidos que recopilan sugerencias sobre el establecimiento de auditorías independientes, el consejo fiscal, el desarrollo de la gerencia de la compañía y el manejo de los conflictos de intereses. (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2011). Lo anterior, para consagrarse, sin lugar a dudas como el código de buenas prácticas de gobierno corporativo más avanzado en la región, creado por una autoridad no gubernamental y con grandes índices de aceptación. Hecho el recuento de la estructura de esta muestra de los compilados de recomendaciones de buenas prácticas de gobierno corporativo a nivel mundial con alto grado de sofisticación y sobretodo de aceptación por parte de las empresas, se analizará caso a caso que elementos poseen y cuales carecen, de forma que se analice bajo un plano global, como se encuentra Colombia en la actualidad en lo que respecta a la implementación de estas medidas.

Cuadro Comparativo²⁶ – Régimen global de recomendaciones en materia de gobierno corporativo

Código o Régimen y Autoridad	Esquema de Adopción	Actualizaciones Periódicas y Reporte de Implementación	Bloque completo de buenas prácticas relacionadas con conflictos de interés	Recomendaciones sobre Asamblea de Accionistas y Junta Directiva	Recomendaciones sobre auditoría interna y transparencia	Desarrollo interdisciplinar con otras instituciones o sociedades involucradas
Colombia Código País Superintendencia Financiera de Colombia	“Cumpla o Explique”	SÍ	NO (Serie de medidas específicas)	SÍ	SÍ	SÍ
Delaware DGCL Ley Corporativa Estatal	Disposiciones obligatorias (con posibilidad de diferencia bajo acuerdo expreso) y voluntarias	Actualización, sin reporte de implementación	NO	SÍ	SÍ	NO (Pero su actualización se hace con base en consejos de abogados expertos en la materia)
Reino Unido Corporate Governance Code Financial Reporting Council	“Cumpla o Explique”	Actualización, sin reporte de implementación	NO	SÍ	NO (Limitados al principio de responsabilidad de la junta)	NO
España Código de Gobierno Corporativo Comisión Nacional del Mercado de Valores	“Cumpla o Explique”	SÍ	NO (Serie de medidas específicas)	SÍ	NO (Limitados al funcionamiento de cada órgano social)	NO
Brasil Código de Mejores Prácticas Instituto Brasileiro de Governança Corporativa	Voluntario	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ

²⁶ Figura 5: Cuadro de creación del autor

CAPÍTULO III - IMPLEMENTACIÓN INTEGRAL DE LAS BUENAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN COLOMBIA COMO HERRAMIENTA DE PREVENCIÓN

El eje central de cualquier normatividad societaria a nivel mundial es la prevención. La creación de herramientas vinculantes proferidas por autoridades estatales que, de raíz, minimicen la acción estatal ante el surgimiento de conflictos al interior de los vehículos societarios cualquiera sea su forma y, adicionalmente, un ámbito externo relacionado con el comportamiento de la sociedad con las autoridades nacionales. Por los motivos expuestos, se hace necesario proponer, de manera concreta herramientas preventivas desde la óptica de las buenas prácticas de gobierno corporativo tendientes a la optimización de la legislación nacional, aumentando los requisitos mínimos de funcionamiento y abriendo el espacio para la evolución del vehículo societario en Colombia. Se debe partir de una realidad de nuestra región; la ventana evolutiva de los regímenes legales en Latinoamérica se debe abrir desde la optimización del denominado *hard law* o ley imperativa, vinculante y de obligatorio cumplimiento de manera previa, antes que propender por una auto regulación o ajuste a una norma supletiva.

3.1 Inclusión de las buenas prácticas de gobierno corporativo en el sector público

Tradicionalmente, se ha hablado de la noción de buenas prácticas de gobierno corporativo desde un ámbito de derecho privado. Inclusive, a tal grado de especialización que dicho concepto se orienta más a las sociedades que cotizan en bolsa. Esta situación obedece al nacimiento o la fuente del concepto en sí, más que a una falta de versatilidad del mismo. Desde los años noventa se ha hablado de este concepto como una extensión de la sociedad privada con ánimo de lucro, sin embargo, se denotará que esta perspectiva debe cambiar.

3.1.1. De la organización y composición de entidades estatales o con participación estatal

Como se ha expresado, el concepto de buenas prácticas de gobierno corporativo ha sido abordado desde la entidad estatal a la sociedad privada. Estudiadas las recomendaciones en materia nacional e internacional, se observa que, principalmente una entidad estatal (en alianza con entidades privadas) expide las recomendaciones en la materia. ¿Qué soluciones existen para quien exige o recomienda una optimización del gobierno corporativo lo aplique desde un principio? Para responder a la pregunta anterior, y previo a esgrimir una serie de proposiciones relacionadas con este interrogante, se deben analizar las recomendaciones de la OCDE en la materia. Dicho organismo, el cual ha sido mencionado de manera extensa en la presente, expidió una serie de recomendaciones para empresas que cuenten con participación estatal mayoritaria, circunstancia que, bajo la ley colombiana vigente, las hace entidades estatales en sí mismas. La Organización, refiriéndose al papel de los gobiernos en estas entidades indicó que:

El gobierno debería desarrollar y publicar una política de propiedad que defina los objetivos generales de la propiedad estatal, el papel del Estado en el gobierno corporativo de las empresas públicas y de qué forma llevará a cabo su política de propiedad. (OCDE, 2011, p. 15).

Esta aseveración abre las puertas a un concepto que históricamente se ha conocido como propio del derecho privado y lo extrapola a la esfera pública. De esta forma, se debe propender como principal mecanismo de prevención de conflictos al interior de la empresa pública, la implementación de un gobierno corporativo adecuado. Sin embargo, las buenas prácticas del mismo en el ámbito de estas entidades obtienen una dimensión diferente, en este caso, las buenas prácticas estarán dirigidas a que el gobierno se implique menos en la gestión de dichas entidades, permitiéndoles un alto grado de autonomía. En segundo lugar, la Organización describe una serie de medidas tendientes a la nominación transparente en la dirección de la empresa. Razón

por la cual, los dirigentes deben ser ajenos a la dinámica política del estado, y su inclusión en la empresa responda a cualidades profesionales y perfiles complementarios definidos previamente por la sociedad. Lo antedicho, debe estar necesariamente aunado a mecanismos de transparencia en lo que respecta a la comunicación del estado de la empresa, razón por la cual dicha autonomía debe estar acompañada de una constante divulgación de información, de forma que el gobierno no deba intervenir constantemente. (OCDE, 2011).

Por otro lado, la OCDE se encarga de tratar explícitamente el trato entre accionistas al interior de la empresa pública. “La entidad coordinadora o propietaria y las empresas públicas deberían garantizar un trato equitativo para todos los accionistas. Las empresas públicas deberían mantener un elevado nivel de transparencia con todos los accionistas.” (OCDE, 2011, p. 17). De la anterior recomendación de la Organización, se desprenden dos conceptos fundamentales; trato equitativo y transparencia. A primera vista, resulta una recomendación sumamente sencilla, pero es básica para la continuidad de cualquier sociedad, independiente de su naturaleza pública o privada. Es de conocimiento público, que la falta de comunicación al interior de la empresa pública genera malestar dentro de los accionistas de la misma, más aún cuando el Estado termina vendiendo sus participaciones de la empresa como parte de procesos de privatización. Es por esto que, las buenas prácticas de gobierno corporativo como la transparencia, son el principal mecanismo de prevención de uno de los principales conflictos societarios; el éxodo de capital.

Por último y como parte las recomendaciones de la OCDE concernientes a las buenas prácticas de gobierno corporativo al interior de las empresas públicas se estudiará las relaciones de estas con partes interesadas o vinculadas. Al respecto la Organización indicó que en el marco del proceso de acogimiento de los principios de la OCDE y el G-20 estudiados anteriormente,

las empresas públicas sobre todo aquellas que cotizan en bolsa de valores deberán estar informando constantemente sus relaciones con partes vinculadas. (OCDE, 2011). Sin embargo, esta recomendación no se agota en la revelación de dichas relaciones, sino que se deben tomar todas aquellas medidas tendientes a mantener la transparencia de las mismas en la empresa, incluyendo la adopción de códigos relacionados. Así pues, se combate desde el punto de vista de las buenas prácticas de gobierno corporativo el ánimo de lucro de una empresa estatal utilizado de manera errónea, y, de nuevo, como mecanismo preventivo.

Desarrolladas las recomendaciones de la OCDE en la materia, si bien deberán ser adoptadas por Colombia como uno de los compromisos para pertenecer a dicha organización, la propuesta es clara; las buenas prácticas de gobierno corporativo en empresas públicas o con algún grado de participación estatal son una solución clara a los principales conflictos que se suscitan dentro de estas entidades. Lo anterior, en tanto se regula por la vía preventiva, y es una clara herramienta para evitar los constantes conflictos en estas empresas, que además revisten de una gran exposición mediática. La autonomía, la transparencia, la auditoría, la adecuada administración y las demás buenas prácticas se constituyen como una alternativa a la solución tradicional; la privatización o enajenación de la empresa del Estado.

3.1.2. De las buenas prácticas de gobierno corporativo y los procesos de contratación estatal

En tratándose del segundo eje del presente análisis sobre la implementación de las buenas prácticas de gobierno corporativo en el derecho público colombiano, se tomará como base una de las principales fuentes de corrupción de la nación, sino la principal; la indebida selección los procesos de contratación estatal. ¿Por qué las buenas prácticas de gobierno corporativo pueden ser beneficiosas para este conflicto, tan común en Colombia? De nuevo, porque se parte de la

base de herramientas preventivas, como se verá más adelante, la implementación de las buenas prácticas de gobierno corporativo en la contratación estatal se planteará como parte de los requisitos habilitantes para que una empresa, cualquiera sea su forma, pueda presentarse a un proceso de contratación con el Estado.

La legislación actual sobre contratación estatal se encuentra dispersa entre varias leyes y decretos que las complementan, pero, principalmente en la Ley 80 de 1993 y en el Decreto 1082 de 2015 que compila toda la normatividad afín. Dentro del mencionado decreto se encuentran los “requisitos habilitantes” para que un vehículo societario, sea una sociedad por acciones, consorcio o unión temporal, entre otras, pueda presentarse a un proceso de contratación con el Estado. Dentro de estos requisitos se encuentra la experiencia, la capacidad jurídica por parte del proponente para prestar sus servicios al Estado junto con la capacidad de su representante para celebrar los contratos, la capacidad financiera y la capacidad organizacional del proponente.²⁷ Los mencionados requisitos, serán verificados como parte del Registro Único de Proponentes, administrado por las cámaras de comercio en el cual se inscriben los interesados en formar parte de un proceso de contratación con el Estado.

Ahora bien, se debe tener en cuenta también la verificación de estas condiciones contenidas en la Ley 1150 de 2007, de lo cual se colige que, no aplica para contratos donde el Estado contrate directamente, o porque la cuantía del contrato es mínima, entre otras, caso en el cual el Estado verificará directamente estos requisitos y no las cámaras de comercio como se indicó anteriormente.

²⁷ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.1.5.3.

En síntesis, el panorama actual en cuanto a la acreditación de los requisitos habilitantes exigidos a los vehículos societarios que se postulen como proponentes, dependerá de la realidad de dicho contrato con el Estado, sea en el pliego de condiciones de este o en la minuta del contrato directamente. Tanto exigir los mismos vía el Registro Único de Proponentes, la manera como se realice esta exigencia, su acreditación y específicamente qué requisitos son solicitados, es una práctica que depende enteramente de la autoridad estatal y del tipo de contrato²⁸. Por tal razón, se abren espacios interpretativos en cuanto a la estructura, capacidad y organización interna de vehículo societario que, analizándolo desde un punto de vista corporativo, a la larga podría ser el principal motivo por el cual las entidades se ven a terminar los presentes contratos dado que el vehículo es incapaz de cumplirlo.

Con base en la situación descrita anteriormente, y la conclusión suscitada, se propone concretamente incluir la acreditación de unos requisitos habilitantes adicionales, diferentes a los consagrados en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, en cuanto al funcionamiento interno del proponente.

Para sociedades ya constituidas que generan personería jurídica propia, como mínimo, establecer la función de auditoría interna y mecanismos de revelación de información a los accionistas, no sólo en la etapa precontractual sino una vez adjudicado el contrato estatal. Adicionalmente, exigir, como parte de la documentación requerida un código de ética y conducta de la sociedad, y los debidos reglamentos de los organismos de dirección y decisión de la compañía. Este requisito permitirá que de manera previa se toquen temas como la relación

²⁸ En la práctica reciente se ha observado, particularmente en los populares contratos 4G (vías de cuarta generación), la acreditación de códigos de buen gobierno.

con partes vinculadas, conflictos de interés y temas relacionados, sobretodo en sociedades que constantemente se encuentran inmersas en procesos de contratación con el Estado.

Lo antedicho, generará, desde el punto de vista de buenas prácticas de gobierno corporativo una erradicación de conflictos societarios a futuro. El primer efecto, de manera interna, dado que los organismos de dirección fueron transparentes en los ingresos y egresos que generaría una potencial adjudicación del contrato, así como endeudamientos excesivos sin antes consultarlo con los inversionistas. En segundo lugar, traerá beneficios con la misma autoridad estatal dado que de estos mecanismos de revelación de información permiten notificar, de manera oportuna, la posibilidad o imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato o incluso con la seriedad de la oferta. En los procesos de contratación estatal es común la concurrencia de proponentes bajo la forma jurídica de promesa de sociedad futura²⁹. El nacimiento de este vehículo, de acuerdo con el Consejo de Estado, estará atado a la adjudicación del contrato:

Para tal efecto deberán presentar con la propuesta un documento –promesa de contrato de sociedad- en el que los interesados manifiesten su intención de formar parte de la asociación propuesta, cuyo perfeccionamiento se sujetará, como se dijo antes, a la condición de adjudicación del contrato. (Consejo de Estado, 2000, p. 1).

Dicho lo anterior, es menester que a este tipo de sociedades se les exija una serie de requisitos mínimos en cuanto a buenas prácticas de gobierno corporativo para que una vez entren en operaciones, existan soluciones previas a los problemas que susciten al interior de la sociedad y

²⁹ Forma jurídica antes presente en el Art. 32, Parágrafo 2° de la Ley 80 de 1993, derogado por el Art. 39 de la Ley 1508 de 2012. Sin embargo, no hay prohibición expresa para presentarse al proceso de contratación con el Estado bajo esa forma jurídica.

con el ente estatal. En primer lugar, que se acredite de manera previa la estructura interna que tendrá la sociedad en cuanto a la independencia de los organismos de dirección, rendición de cuentas en la negociación y adjudicación del contrato estatal, mecanismos de revelación de información a los accionistas y potenciales conflictos de interés que surjan en la etapa precontractual, así como en la adjudicación como tal del contrato.

Por último, queda el examen de los consorcios y uniones temporales, la forma jurídica de preferencia para la presentación a estos procesos de contratación con el Estado. De acuerdo con el Consejo de Estado: “se trata de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que las integran.” (Consejo de Estado, 2013, p. 2). Para este caso, la exigencia de requisitos de implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo resulta de especial cuidado, dado que no poseen personalidad jurídica. Por esta especial razón, la autoridad debería estar en capacidad de exigir una serie de requisitos adicionales encaminados a la constitución del consorcio o unión temporal.

Para la elaboración del acuerdo consorcial o de unión temporal, desde el punto de vista de gobierno corporativo se propone establecer que, así como se participa de manera conjunta en la ejecución del objeto del proceso de contratación, existan una serie de mecanismos de revelación de información de manera integral a todos los participantes del consorcio. Esto, responde a que generalmente existe una parte dominante en el vehículo dado su porcentaje de participación o capacidad económica, esta circunstancia abre la puerta a que se tomen decisiones influenciadas desde la cúpula. Por tal razón, la autoridad estatal debe estar en capacidad de establecer mecanismos que permitan una transparencia al interior del consorcio de manera previa (p. ej. información financiera, estudios técnicos y contables, viabilidad del proyecto, contingencias

adquiridas en el desarrollo del contrato, etc.) y prevenir el surgimiento de conflictos –en este caso no *per sé* de índole societaria- que afecten el desarrollo de un contrato, que se debe recordar, está siendo remunerado con las arcas del Estado.

3.2. Consecuencias de ampliar el espectro de las buenas prácticas de gobierno corporativo en la legislación societaria

3.2.1. Eliminación del abuso del derecho en los organismos de dirección

El abuso del derecho es una figura ampliamente estudiada en la doctrina nacional e internacional, sin embargo, en muchos de los casos se estudia en contextos o escenarios demasiado amplios, sin tener en cuenta qué situaciones se puede configurar en el día a día, en cualquier sociedad constituida en el país. Dicho esto, el abuso del derecho en los organismos de dirección de cualquier tipo societario es un problema que avanza lentamente y no ha sido identificado ampliamente como raíz de los principales conflictos al interior de las sociedades colombianas. Al respecto, se pronunciaron varias entidades en el estudio conjunto “Perspectivas Legales del Gobierno Corporativo en Colombia”, en colaboración con las más grandes firmas de abogados del país:

El mencionado ejercicio abusivo podría presentarse porque se dio una conducta en contravía del interés social o simplemente por desconocimiento del mismo. Conducta que estuvo además, precedida, motivada o soportada en intereses que se apartan de los fines económico-sociales propios de la sociedad.” (Confecámaras, Colombian American Chamber of Commerce, CIPE & Cámara de Comercio de Bogotá, s.f., p. 13).

La cita traída a colación trae como conclusión necesaria un rompimiento en el esquema de buenas prácticas implementado –o no implementado- en la sociedad. Se puede evidenciar entonces, que, el abuso del derecho por la dirección de la compañía, generalmente propiciado por la junta directiva, se da por el desconocimiento de uno de los pilares fundamentales en cualquier esquema de gobierno; el trato equitativo entre accionistas. Como se ha reiterado en capítulos anteriores, el trato equitativo entre los inversionistas de la sociedad no se estudia desde un ámbito económico dado que es inherente a cualquier sociedad la participación mayor o menor en el capital social, dependiendo del monto de los aportes. El trato equitativo se analiza desde la toma de decisiones beneficiosas para toda la sociedad, la homogeneidad en los mecanismos de revelación de información, y el bloqueo al favorecimiento de grupos selectos de accionistas por parte de la junta directiva.

Dicho esto, la eliminación del abuso del derecho particularmente en los organismos de dirección debe ser analizada no desde la responsabilidad de los mismos (que como administradores están sujetos al régimen previsto en la Ley 222 de 1995) sino desde la herramienta preventiva por excelencia, las buenas prácticas de gobierno corporativo. Lo anterior se demostrará a partir de cinco argumentos principales:

- (i) De implementarse una adecuada política de sucesión de los miembros de junta, se eliminan los largos períodos en la dirección, eliminando así cualquier favorecimiento o grupos de interés al interior de la sociedad;
- (ii) al implementar una adecuada política de evaluación de los miembros de junta, se abre el espacio a la transparencia dentro de la corporación y de esta forma pueden existir exámenes a la gestión de cada miembro y bajo qué sustento se tomó cada decisión;

(iii) de implementarse una adecuada política de remuneración en los miembros de la dirección, podrá existir un control a los ingresos que estos individuos perciban con el presupuesto de la compañía;

(iv) al ajustar los códigos de ética y conducta y en general de buen gobierno se tendrá una herramienta vinculante al interior de la compañía por medio de la cual se guíe el proceso de auditoría interna y;

(v) se generará una prevención a cualquier conflicto de interés que pueda surgir al interior de la sociedad.

Esgrimidas las anteriores precisiones, se concluye que la ampliación de la cobertura de las buenas prácticas de gobierno corporativo en el ordenamiento jurídico colombiano no sólo a nivel del Código País y para las sociedades listadas, sería sumamente beneficioso en el panorama societario nacional en tratándose de la potencial erradicación del abuso del derecho en los organismos de dirección de las sociedades.

3.2.2. La transparencia y la rendición de cuentas al interior de la sociedad

Continuando con el análisis relacionado con la ampliación del espectro de las buenas prácticas de gobierno corporativo en la regulación nacional, se hace necesario hablar de uno de los principales beneficios que esta situación generaría; la transparencia societaria.

Este concepto, es interdisciplinar ya que involucra la rendición de cuentas por parte de los organismos de dirección a los accionistas y la constante revelación de información, concepto que, si bien es similar al anterior, se encuentra completamente separado. El primero, hace referencia a un informe de período correspondiente a la finalización de una transacción, una operación o un determinado lapso de tiempo en el que ejercieron el cargo los individuos

pertenecientes a los organismos de dirección. Por otro lado, la revelación de información obedece a un flujo constante de datos relacionados con la administración de la sociedad por parte de la dirección a los inversionistas, relativo a las decisiones del día a día, independiente del período de tiempo o de la culminación de alguna operación.

Explicado lo anterior, se hace necesario denotar cómo se encuentra la nación en materia de pleitos al interior de las sociedades, para ahondar en la ampliación del espectro de las buenas prácticas de gobierno corporativo y sus particulares beneficios relacionados con la transparencia y revelación de información al interior del vehículo societario. De acuerdo con la Superintendencia de Sociedades, en el año 2017 el promedio mensual de litigios causados por conflictos al interior de la sociedad llegó a los 37 casos. El informe adelantado por la Revista Semana, indicó que:

Los casos más frecuentes tienen que ver con conflictos que se presentan entre socios, denuncias por el incumplimiento de los deberes de los administradores de las empresas, así como también acciones contra juntas directivas por algunas de las decisiones que adoptaron. (Revista Semana, 2018, p. 1).

Adicional a lo mencionado, se destacó que es la cifra más alta en los últimos cinco años, con base en esto, surge una inquietud principal. ¿Qué herramientas hay en la legislación nacional, especialmente en el derecho privado, para prevenir que estas cifras aumenten? La respuesta a esta inquietud es ninguna, dado que la legislación societaria ha permanecido inmanente. Ahora bien, si llegásemos a ampliar el espectro de la aplicación o implementación de las buenas prácticas de gobierno corporativo, (p.ej. al momento de constituir una sociedad en las cámaras de comercio), seguramente esta cifra de pleitos al interior de la sociedad se reduciría.

Lo antedicho, bajo el entendido que, los miembros pertenecientes a los organismos de dirección se verían obligados a cumplir con unos requerimientos mínimos de revelación de información a los accionistas, previniendo la toma de decisiones particulares que favorezcan únicamente a algunos grupos de accionistas. Adicionalmente, en lo que respecta a los conflictos entre socios, las buenas prácticas de gobierno de corporativo son completamente extensibles a cualquier tipo societario, por ejemplo, hacia las obligaciones del socio gestor con los socios comanditarios en las sociedades en comandita simple y por acciones e inclusive, sería posible aplicarlo en las sociedades familiares.

En suma, el constante flujo de información al interior de la sociedad genera dos efectos principales. El primero, es la creación de una confianza en todos los socios de la misma, al estar enterados de las decisiones del día a día. El segundo, es fiel prueba ante cualquier pleito llevado ante las autoridades, dado que, la revelación de información y transparencia permite que se tenga registro de todas las comunicaciones al interior de la sociedad, las personas intervinientes en la toma de decisiones, la comunicación oportuna de temas pertinentes relacionados con el desarrollo del objeto social, entre otras.

3.2.3. Beneficios para los accionistas y la potencialización en el retorno de la inversión

Otra de las potenciales consecuencias en el marco de una ampliación de las buenas prácticas de gobierno corporativo es la serie de beneficios directos que se generan para los accionistas de la sociedad. En primer lugar, se debe hablar del principal motivo de una inversión; el retorno de la misma, con una utilidad. Salvo en casos muy específicos ningún inversionista hace aportes de capital para que este se mantenga con el mismo valor indefinidamente.

Es por esto, que, la aplicación de las buenas prácticas de gobierno corporativo se encuentra comprometida con el principal fin de las sociedades, la segregación del patrimonio partiendo de la búsqueda de un provecho económico. La anterior consideración se explica desde la base de un ejemplo sumamente básico, por ejemplo, en las sociedades listadas. Al aplicar el compendio de buenas prácticas de gobierno corporativo la sociedad tomará decisiones con base en los beneficios económicos para el máximo de los accionistas. Acto seguido, se tomará una disciplina de mercado que necesariamente mejorará la reputación de la corporación ante los otros participantes de la bolsa de valores como mecanismos autorreguladores, calificadoras de valores y en general las bancas de inversión, organismos que tienen en cuenta la estructura interna de las sociedades y revisan el cumplimiento de los documentos que las rigen. Concluida esta etapa, en el evento que exista una emisión de acciones se captará un mayor público, interesado en el valor de la acción que será más alto, dado que para calcular su precio no sólo se tiene en cuenta el producto o servicio ofrecido por la corporación, sino los procesos internos que maneja para llegar a esa etapa final. Esta anterior consideración se verifica bajo argumentos mucho más contundentes como los esbozados por la OCDE en el “white paper”³⁰ publicado en el 2004:

No solo los inversionistas de los mercados de valores públicos tienen un interés crítico en la administración y transparencia apropiadas de las compañías en las que ellos invierten. Los Bancos, las operaciones privadas de capitalización, las instituciones financieras especializadas y otras fuentes de financiamiento fuera de los mercados públicos, necesitan internalizar el gobierno corporativo, como un componente crítico de la evaluación y administración de riesgos (OCDE, 2004, p. 11).

³⁰ Documento consultivo no vinculante para participantes del mercado.

Si bien esta explicación es básica e hipotética no reviste de presupuestos en contra; al día de hoy no se ha comprobado bajo ningún estudio que la aplicación de las buenas prácticas de gobierno corporativo se encuentre en contravía de los intereses sociales. Adicionalmente, y ahondando en los beneficios que la ampliación de las buenas prácticas de gobierno generaría no solamente en Colombia, sino en la región, la OCDE indicó en el mismo instrumento guía que:

Aparte de su contribución a la reducción de costos de capital, un buen gobierno corporativo da valor agregado a la corporación, al ofrecer mecanismos más eficaces para la creación de negocios competitivos. Los controles y balances apropiados dentro de la corporación, proporcionan pensamientos estratégicos mejores y ofrecen a la administración perspectivas frescas. (OCDE, 2004, p 10).

En conclusión, todos los interrogantes puestos de presente sobre la ampliación de las buenas prácticas de gobierno corporativo en el país se deben reducir a propuestas concretas. La ampliación de ciertos requisitos mínimos para la creación de sociedades en el panorama nacional para su adecuado funcionamiento es una realidad, que deberá ser abordada más tarde que temprano. Ahora bien, dada la realidad de nuestro país, resulta impráctico que para un comerciante de bajos recursos que desee constituir una sociedad se le impongan requisitos excesivos que conviertan un trámite ordinario en un proceso plagado de burocracias y requisitos adicionales para llevar a buen puerto su negocio. Sin embargo, se puede empezar por una inmersión total en las buenas prácticas de gobierno corporativo para las empresas que ostenten un elevado nivel de ingresos y que se encuentren por fuera del alcance del actual Código País. Así pues, el fortalecimiento del concepto a nivel nacional abrirá las puertas para que, de manera escalonada y dependiendo del tipo de sociedad se impongan una serie de requisitos adicionales

para optimizar las compañías nacionales, sobretodo en el sector pyme³¹. Adicionalmente, esto desembarcará en una disminución de los conflictos societarios con base en las cifras mencionadas anteriormente y, disminuirá el número de corporaciones que se acogen al régimen de insolvencia nacional, que, por regla general, fallan debido a una mala administración y la falta de controles efectivos a las decisiones relacionadas con la inversión.

3.2.4. A futuro: la intrínseca relación entre las buenas prácticas de gobierno corporativo y la aplicación de la denominada “*business judgment rule*”

En el derecho norteamericano, particularmente en la legislación del ya mencionado estado de Delaware, se ha consagrado la aplicación de una regla llamada “*business judgment rule*”, o como se ha tratado en la doctrina latinoamericana, “regla de la discrecionalidad”. A grandes rasgos, la regla de la discrecionalidad propende por que los jueces no deben juzgar las decisiones de negocio, tomadas bajo estricto cumplimiento de los deberes fiduciarios. Dicha regla reviste de gran importancia en el panorama nacional, al punto que la Superintendencia de Sociedades se ha referido a ella reiteradas veces en su jurisprudencia y la ha definido de la siguiente manera: “la denominada regla de la discrecionalidad (‘*business judgment rule*’), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios.” (Superintendencia de Sociedades, 2017, p. 2).

Con base en la anterior definición, se puede evidenciar que las buenas prácticas de gobierno corporativo están intrínsecamente ligadas a la aplicación de la *business judgment rule*. Bajo ninguna circunstancia se puede apartar el juez de auscultar una decisión de negocio si la empresa tiene una estructura de gobierno corporativo pobre o sumamente deficiente. Se debe recordar

³¹ Pequeñas y medianas empresas.

que en las legislaciones en las cuales se aplica esta regla, hay un precedente contundente relacionado con la aplicación de buenas prácticas de gobierno aunado a un cuerpo regulatorio importante para los administradores (entendidos en sentido amplio, incluyendo organismos de dirección) y a los tipos de decisiones que se tomen en contravía de los intereses de los accionistas. Profundizando en los beneficios a futuro que genera una inmersión total de nuestra nación en las buenas prácticas de gobierno corporativo, se hace necesario profundizar en su relación con la *business judgment rule*. Al respecto indicó el profesor Luis F. Sabogal³² al indicar que en los Principios de Gobierno Corporativo del American Law Institute se encuentra una prescripción legal relacionada con las mencionadas buenas prácticas y la aplicación de la *business judgment rule*. De acuerdo con dicho documento, los administradores cumplen con su deber de diligencia si se da el cumplimiento de tres condiciones: “i) que no medie un interés personal del administrador en la decisión; ii) que haya sido adoptada con información suficiente; iii) que racionalmente se pueda considerar que actuó conforme a los mejores intereses de la sociedad.” (Sabogal, 2012, p. 113).

¿Cómo se conecta la *business judgment rule* y el gobierno corporativo? La respuesta a la anterior inquietud es natural. Los tres presupuestos enunciados anteriormente son susceptibles de ser cumplidos desde el ámbito de las buenas prácticas de gobierno corporativo. El primero, se resuelve desde la adopción de un código de ética y conducta al interior de la corporación, así como la inclusión certera de mecanismos de control de conflictos de intereses en el código de buen gobierno o en cualquiera de los documentos que reglamentan el funcionamiento de la sociedad. El segundo, responde necesariamente a la influencia que se ejerce generalmente sobre

³² Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialización en Derecho Comercial, máster en Derecho de Empresa de la "Università degli Studi di Genova" (Italia), y doctorando en Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid.

la figura del administrador o director de la compañía. Al implementar mecanismos de revelación de información claros, que, si bien de manera general se analizan desde la cúpula hacia abajo, también tienen una dirección ascendente, desde los accionistas de la compañía e inversionistas hacia los organismos de dirección.

Por último, el tercer presupuesto hace referencia a la posibilidad de que existan políticas de evaluación de los miembros, teniendo en cuenta las decisiones que hayan tomado en beneficio de la sociedad. Así mismo, la Superintendencia de Sociedades indicó que: “Aunque la regla de la discrecionalidad busca que estos funcionarios cuenten con suficiente espacio para conducir los negocios sociales, los administradores no pueden anteponer sus intereses a los de la compañía o sus accionistas.” (Superintendencia de Sociedades, 2014, p. 3).

La anterior reflexión, genera una inevitable conclusión sobre la relación intrínseca entre la optimización del vehículo societario nacional y la evolución de legislación corporativa en Colombia. El principal ente regulador de las sociedades en Colombia está abriendo la puerta para que, desde el ámbito de las buenas prácticas de gobierno corporativo, en un futuro se dejen de analizar, de manera tan minuciosa las decisiones de los organismos de dirección, siempre y cuando se encuentren en un ámbito de legalidad y de comprensión de los beneficios para la corporación.

CAPÍTULO IV – CONCLUSIONES

1. Las nociones de “gobierno corporativo”, “buenas prácticas de gobierno corporativo” y “mejores prácticas de gobierno corporativo” han sido usadas de manera indiscriminada por legislaciones, compendios y recomendaciones en la materia. Por tal razón, hoy en día cualquiera de estas nociones se asimila al concepto brindado a lo largo del presente análisis;

la optimización del vehículo societario a partir del mejoramiento de las estructuras y procesos internos.

2. El origen o las principales fuentes de las buenas prácticas de gobierno corporativo se encuentran en compendios de recomendaciones –que generalmente son de voluntario cumplimiento- haciendo su aplicación mucho más reducida a sociedades de mayor envergadura.
3. Los cuerpos colegiados que se dedican constantemente al estudio de esta noción en otras jurisdicciones por lo general se dedican exclusivamente al análisis de las buenas prácticas de gobierno corporativo, a diferencia de como sucede en Colombia en donde la máxima autoridad financiera es la que expide las principales recomendaciones en la materia. Si en la actualidad ya es la Superintendencia Financiera la cual está a cargo de esta tarea, debería contar con poder sancionatorio o un código completamente vinculante para el cumplimiento de los principios de buenas prácticas de gobierno. De lo contrario, la función de “cumpla o explique” podría ser adelantada por una entidad afín, pero con el objeto único de vigilar los estándares de gobierno corporativo en la nación.
4. Como se analizó en la sección 1.4.3., el estado de adopción actual de las buenas prácticas de gobierno corporativo es importante, y se encuentra en crecimiento. Sin embargo, los estudios al respecto son limitados a aquellas empresas listadas que cumplen con el deber de llenar el reporte de la Superintendencia Financiera. Por ende, nuestro país requiere de un mecanismo integral de vigilancia en la adopción de estas prácticas por las sociedades nacionales, y no sólo aquellas que coticen en bolsa. Como se indicó, la noción es completamente integral y aplicable a cualquier tipo societario, bajo este supuesto se requiere que en Colombia se le brinde una mayor relevancia al tema.

5. Las jurisdicciones estudiadas y sus instrumentos de gobierno corporativo merecen especial atención, ya que se evidencia que la tendencia global es adoptar un esquema voluntario de cumplimiento mediante el mecanismo de “cumpla o explique”, que, si bien carece de poder coercitivo, es sumamente relevante para poder evidenciar los principales defectos de las sociedades en cada jurisdicción. Dicho lo anterior, en todos estos instrumentos las buenas prácticas de gobierno corporativo funcionan como claras herramientas de prevención de conflictos societarios, identificando claramente las principales falencias de los vehículos societarios y haciendo rendir cuentas a las sociedades que adoptan estructuras no convencionales que pueden llevar al surgimiento de conflictos internos.
6. La implementación de las buenas prácticas de gobierno corporativo de manera integral en el panorama nacional resulta de gran importancia a la hora de prevenir conflictos que afecten a la empresa y a la sociedad colombiana en general. La revelación de información, la auditoría, la transparencia y la rendición de cuentas son conceptos propios de las buenas prácticas de gobierno, que, si se observan en conjunto podrían servir como una herramienta práctica y efectiva para combatir el peor de los males en la nación; la corrupción al interior de las empresas, que por lo general permea a las autoridades nacionales.
7. El término incidencia hace referencia a un acontecimiento que interviene en el curso de un proceso (en este caso el negocio de una empresa) y guarda alguna conexión con el mismo, como es claro sucede con las buenas prácticas de gobierno corporativo y el surgimiento de conflictos societarios. El compilado de recomendaciones estudiadas a nivel nacional e internacional tienen un único fin; intervenir en el curso causal de las decisiones tomadas al interior de la sociedad de forma que estas se tomen con cargo a una serie de reglas preestablecidas y teniendo en cuenta los intereses no sólo de la mayoría de los inversionistas, sino de la sociedad en general y el respeto por las autoridades.

8. En las jurisdicciones más avanzadas en temas societarios resulta particularmente difícil auscultar las decisiones de negocio tomadas por los organismos de dirección, como por ejemplo sucede en Delaware, Estados Unidos. ¿A qué se debe esta circunstancia? La respuesta a este interrogante se encuentra en el grado de “profesionalización” en el que se encuentran estos vehículos societarios, de forma que para un juez resulta todo un reto determinar si los administradores actuaron en contravía del interés social. Es por esto que, el concepto de gobierno corporativo permea también la forma como se ejerce la legislación societaria hoy en día, y por qué no, en un futuro llegar a esos niveles en Colombia, partiendo de una homogeneización en la profesionalización de las empresas colombianas de forma que se reduzcan los conflictos al interior de la empresa, los procesos de insolvencia basados en malas decisiones de negocio y reducir la carga del ente regulatorio societario partiendo de un esquema corporativo sumamente evolucionado.
9. A la fecha, no se conoce ningún estudio que indique que las buenas prácticas de gobierno corporativo pueden incidir negativamente en el desarrollo del objeto social de las sociedades. Ahora bien, el hecho de que no se haya verificado esta circunstancia no indica que no se pueda presentar. La constante búsqueda de optimización del vehículo societario va de la mano con la consecución de los fines sociales. Sin embargo, un exceso en la búsqueda de establecer procesos internos puede llevar a un bloqueo social en donde la pluralidad de requisitos, auditorías y demás temas relacionados, impidan la toma de decisiones ordinarias. Es por esto que, se debe guardar un balance que permita a los organismos de dirección realizar las labores propias de su cargo, tomar decisiones eficaces o bajo presión sin excesivas trabas, pero bajo un marco de legalidad y comprensión del interés general de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Allen, F., Zhao, M. (2007). The Corporate Governance Model of Japan: Shareholders are not Rulers, *University of Pennsylvania*, 1-12. Recuperado de <http://finance.wharton.upenn.edu/~allenf/download/Vita/Japan-Corporate-Governance.pdf>
2. Crecen pleitos dentro de las empresas colombianas. (2018, 30 de septiembre). *Revista Semana*. Recuperado de <https://www.semana.com/economia/articulo/pleitos-dentro-de-empresas-colombianas/555361>
3. Cheffins, B. (2015). Delaware and the Transformation of Corporate Governance, *Delaware Journal of Corporate Law (DJCL)*, Forthcoming; *European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper*, 278/2015; *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 64/2014*, 1. Recuperado de: <https://corpgov.law.harvard.edu/2015/01/02/delaware-and-the-transformation-of-corporate-governance/>
4. Comisión Nacional del Mercado de Valores (2015) Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. *Composiciones Rali*, S.A. Recuperado de: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf
5. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (2014). Improving Organizational Performance and Governance. *The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)*, 6-17. Recuperado de: <https://www.coso.org/Documents/2014-2-10-COSO-Thought-Paper.pdf>
6. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (4 de septiembre de 2000) Concepto 1283. [C.P. Augusto Trejos Jaramillo]
7. Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sala Plena (25 de septiembre de 2013) Sentencia 25000-23-26-000-1997-03930-01(19933) [C.P. Mauricio Fajardo Gomez]
8. Congreso de la República de Colombia (1995). *Ley 222 del 20 de diciembre de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia.
9. Corporación Andina de Fomento (2005). Gobierno Corporativo: Lo que todo empresario debe saber. Recuperado de: https://www.caf.com/media/3270/Mfolleto_solo_caf.pdf
10. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (2011). Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo 4ta ed., *Instituto Brasileiro de Governança Corporativa*: Recuperado de: http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/CodigoIBGC_4a_ed_espanhol.pdf

11. Inversionistas invisibles de Interbolsa (23 de agosto de 2013) *Revista Dinero*. Recuperado de: <https://www.dinero.com/inversionistas/caso-interbolsa/articulo/inversionistas-invisibles-interbolsa/182932>
12. NYSE (2014). NYSE: Corporate Governance Guide, *White Page Ltd*, 1-8. Recuperado de: https://www.nyse.com/publicdocs/nyse/listing/NYSE_Corporate_Governance_Guide.pdf
13. Nunnanenkamp, P. (1995). The German model of corporate governance: Basic features, critical issues, and applicability to transition economies, *Kiel Working Paper*, 713, 5-27. Recuperado de <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/855/1/19095597X.pdf>
14. OCDE (2016). Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, *Éditions OCDE, Paris*, 7-37. Recuperado de https://read.oecd-ilibrary.org/governance/g20-ocde-principios-de-gobierno-corporativo_9789264259171-es#page62
15. OCDE (2011). Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas. *Trad. Ministerio de Economía y Hacienda, España*. Recuperado de: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf>
16. OECD (2017) Corporate Governance Factbook 2017, *OECD*. Recuperado de: <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Factbook.pdf>
17. Confecámaras, Colombian American Chamber of Commerce, CIPE y Cámara de Comercio de Bogotá (s.f.). *Perspectivas Legales del Gobierno Corporativo en Colombia*. Bogotá, Colombia: Editores Gráficos Colombia Ltda.
18. Sabogal, L. (2012). El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la “Regla del Buen Juicio Empresarial” [Business Judgment Rule (BJR)] en el ámbito de su deber de diligencia? *Revista e-mercatoria*, 11(1), 113-116. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emercaria/article/view/3202/3327>
19. Sheehy, B. (2004) The Importance of Corporate Models: Economic and Jurisprudential Values and the Future of Corporate Law, *DePaul Business and Commercial Law Journal*, 2(3), 500-513. Recuperado de: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1253&context=bclj>
20. State of Delaware (s.f.). Delaware General Corporation Law. Title 8 Chapter 1. Recuperado de: <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/>
21. Superintendencia de Sociedades. (s.f.). ¿Qué es gobierno corporativo? Recuperado de https://www.supersociedades.gov.co/Servicio_Ciudadano/Paginas/preguntas_frecuentes/gobierno_corporativo.aspx

22. Superintendencia de Sociedades (1 de septiembre de 2014) Sentencia 801-054. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles. José Miguel Mendoza]
23. Superintendencia de Sociedades (02 de mayo de 2017) Sentencia 800-35. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles. Catalina Guío]
24. SuperSociedades lanza plan de choque para avanzar en los cerca de 2.500 procesos de insolvencia que adelanta la entidad (s.f.) *Superintendencia de Sociedades*. Recuperado de: <http://webbpm.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2018/SuperSociedades-lanza-plan-de-choque-para-avanzar-en-los-cerca-de-2-500-procesos-de-insolvencia-que-adelanta-la-entidad.aspx>
25. Superintendencia Financiera de Colombia (2007). *Circular externa 028 del 11 de mayo de 2007. Código de Mejores Prácticas Corporativas*. Bogotá, D.C.: Superintendencia Financiera de Colombia
26. Superintendencia Financiera de Colombia (2014). *Circular externa 028 del 30 de septiembre de 2014. Código De Mejores Prácticas Corporativas - Código País -*. Bogotá, D.C.: Superintendencia Financiera de Colombia
27. Superintendencia Financiera de Colombia (2017). *Código País Informe 2017*. Bogotá, D.C.: Superintendencia Financiera de Colombia.
28. Téllez, E., Ramírez, J. (2010). Documento Conceptual de Gobierno Corporativo, *Superintendencia Financiera de Colombia*. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/GobiernoCorporativo/doccongb200810pub.pdf>
29. The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co, Ltd. (1992). *The Financial Aspects of Corporate Governance*. Recuperado de <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>
30. University of Cambridge Judge Business School (s.f.) The Cadbury Report. Recuperado de: <http://cadbury.cjbs.archivos.info/report>
31. Centro de Escritura Javeriano. (2018). Normas APA, sexta edición. Cali, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, seccional Cali.