

La noción de gobierno corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano: aspectos claves

Rodrigo Alfredo Quintero Bencomo*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-297-321

Resumen: El concepto de gobierno corporativo denota un contenido ecléctico y multidisciplinario que comprende el análisis del sistema bajo las cuales las compañías son dirigidas y controladas, y pertenece al elenco de nociones que han sido admitidas en el Derecho Societario como resultado de un proceso de adaptación y modernización a los desafíos económicos que enfrentan las compañías. El análisis de la presencia y consecuencias de tal concepto de gobierno corporativo en el Derecho Societario venezolano, considerando la antigüedad del Código de Comercio patrio, puede partir de tres aspectos fundamentales: la optimización del status jurídico del accionista; la dimensión jurídica de la teoría del stakeholder; y el análisis sobre la composición interna de la Junta Directiva.

Palabras claves: Gobierno corporativo; accionista; Junta Directiva.

The notion of corporate governance applied to Venezuelan Corporate Law: key aspects.

Abstract: *The concept of corporate governance involves an eclectic and multidisciplinary content, comprising the analysis of the system by which the companies are directed and controlled, and belongs to the list of elements that have been progressively admitted in Corporate Law as a result of its adaptation and modernization process. The analysis of the existence and consequences of such concept in Venezuelan Corporate Law, considering how vintage is the national Commerce Code, may depart from three fundamental aspects: the improvement of the shareholders legal status; the legal scope of the stakeholder theory; and the analysis of the internal design of the Board of Directors.*

Keywords: *Corporate governance, shareholder, Board of Directors.*

* Abogado, Universidad Rafael Urdaneta (2021). Fundador y Expresidente del Laboratorio de Análisis Estratégico de las Ciencias Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta, ubicado en Maracaibo, Venezuela.

La noción de gobierno corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano: aspectos claves

Rodrigo Alfredo Quintero Bencomo*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-297-321

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1.- Gobierno corporativo: aproximación conceptual e histórica, algunos principios. 2.- Gobierno corporativo y la optimización del status jurídico del accionista: la intervención activa del socio en la gestión societaria y el deber de lealtad de los administradores. 3.- La dimensión jurídica de la teoría del stakeholder. 3.1.- Acreedores como stakeholders y gobierno corporativo. 3.2.- Trabajadores como stakeholders y gobierno corporativo. 3.3.- Consumidores como stakeholders y gobierno corporativo. 4.- La Junta Directiva: tipos de directores, comisiones fundamentales y auditoría sobre la gestión societaria. 4.1.- Tipos de directores que integran la Junta Directiva. 4.2.- Las comisiones fundamentales: comisión de nombramientos, comisión de retribuciones, comisión de auditoría. 4.3.- La auditoría sobre la gestión societaria: más allá del comisario y del control interno. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Los cambios experimentados por el Derecho Societario en los últimos años han motivado la revisión exhaustiva de los sistemas, procedimientos y estándares de estabilidad, gobernabilidad, control y democracia societarias como elementos de análisis y puntos de partida para generar respuestas modernas a los diversos desafíos y riesgos económicos que atraviesan las compañías en la ejecución su objeto social¹.

El proceso de modernización y adaptación de aquella rama, basado en la revisión de aquel conjunto de realidades, se ha caracterizado por la progresiva admisión de nociones fundamentales que, íntimamente vinculadas con distintas disciplinas, reportan las ventajas necesarias para generar respuestas constructivas y necesarias ante la mutabilidad y riesgos económicos y operativos² a los cuales se enfrenta la sociedad mercantil.

* Abogado, Universidad Rafael Urdaneta (2021). Fundador y Expresidente del Laboratorio de Análisis Estratégico de las Ciencias Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta, ubicado en Maracaibo, Venezuela.

¹ Vásquez Palma, María Fernanda. 2015. “¿Hacia dónde va el Derecho Societario?: Un análisis desde el Derecho Comparado y una propuesta preliminar para el Derecho chileno”. *Revista Chilena de Derecho* 42, n° 1: 57-91.

² Ustáriz González, Luis Humberto. 2003. “Corporate governance evolución y reto frente al riesgo operativo”. *Revista Universitas*, 185, n° 1: 138-177.

“Gobierno corporativo”, o “*corporate governance*”, lidera la lista de aquellas nociones admitidas en el Derecho Societario como resultado de un proceso histórico de modernización y adaptación, y se ha consolidado como un paradigma de actualización de importantes instituciones societarias y de creación de valor para las compañías³.

Esencialmente, el concepto de gobierno corporativo denota un contenido ecléctico y multidisciplinario, susceptible de ser aplicado a distintas áreas que estudian, explican y regulan el quehacer cotidiano de la administración y contraloría societarias; de allí que, sin perjuicio a las distintas perspectivas que determinen la aproximación a este fenómeno, deviene de interés examinar el alcance jurídico y la aplicación de la noción de gobierno corporativo al Derecho Societario de nuestro país, considerando la antigüedad y demás particularidades de las disposiciones atinentes a la regulación de las compañías.

El presente artículo acomete destacar, específicamente y con previa aclaratoria conceptual e histórica, tres aspectos jurídicos a partir de los cuales, consideramos, puede partir la aplicación de la noción de gobierno corporativo al Derecho Societario patrio, a saber: la optimización del status jurídico del accionista; la dimensión jurídica de la teoría del “stakeholder”; y, finalmente, la Junta Directiva, estudiando los tipos de directores, las comisiones fundamentales, y la auditoría sobre la gestión societaria.

1.- Gobierno corporativo: aproximación conceptual e histórica, algunos principios.

La definición tradicional de gobierno corporativo deviene del célebre Reporte Cadbury (Cadbury Report, en inglés), emanado del Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance o Comité Cadbury, conformado en el año 1992 en Reino Unido, con el propósito de definir las prácticas de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas en el mercado bursátil. En el aludido reporte, se define al gobierno corporativo como “el sistema bajo el cual las compañías son dirigidas y controladas (*“the system by which companies are directed and controlled”*)”⁴.

El concepto ofrecido en el Reporte Cadbury, resulta suficientemente general e ilustrativo del contenido del gobierno corporativo: primero, indica que se trata de un “sistema”, pues agrupa una serie de principios, procedimientos, prácticas, organizaciones y jerarquías⁵ las cuales, articuladas, se encuentran dispuestas a la administración y

³ Paz-Ares, Cándido. 2004. “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”. *Revista InDret* 182, n° 1: 2-38.

⁴ The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd. 1992. *The Financial Aspects of Corporate Governance*. London: Gee.

⁵ Flores Konja, Julio Vicente y Rozas Flores, Alan Erro. 2008. “El gobierno corporativo: un enfoque moderno”. *Revista Quipukamayoc* 15, n° 29: 7-22.

control de la forma societaria; segundo, sostiene que tal sistema se encamina a regular la “dirección” de la compañía, englobando la administración o gestión de la cotidianidad económica de la sociedad mercantil; y, finalmente, en tercer lugar, comprende también el “control” de la compañía, y, específicamente, la contraloría sobre aquella administración o gestión societarias, que excede del simple control interno.

En este sentido, y complementando la precitada definición, el G20 y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (por sus siglas, OCDE), actualizaron en el año 2016 sus “Principios de Gobierno Corporativo del G20 y de la OCDE”, en los cuales se indica que la noción de gobierno corporativo “(...) implica el establecimiento de un conjunto de relaciones entre la dirección de la empresa, su administración, sus accionistas y otros actores interesados”⁶, delimitando con claridad los componentes subjetivos de la noción de gobierno corporativo actualmente consolidada.

Históricamente, el empleo del término “gobierno corporativo” con la connotación que posee en la actualidad, según Cheffins, se remonta al año 1976, en un reporte oficial de la U.S. Securities and Exchange Commission (S.E.C), y su posterior consolidación se cristalizó a partir del año 1978, cuando un reporte del Instituto Americano de Derecho promovió el estudio multidisciplinario del gobierno corporativo⁷.

Ahora bien, a partir de la década de 1980 en adelante, una serie de escándalos de fraude corporativo de gran envergadura⁸ y una sucesiva “crisis de confianza”⁹ en el mercado de valores, motivaron la conformación de múltiples comités de trabajo que, asociados a las autoridades reguladoras de la actividad bursátil en distintos países, dedicaron su labor a la elaboración y publicación de reportes¹⁰ con el propósito de crear códigos de buenas prácticas de gobierno corporativo, consistente en recomendaciones voluntarias destinadas a regular el gobierno corporativo de las sociedades de capital, y caracterizados por regirse bajo el principio de “cumplir o explicar” (*comply or explain*).

⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico y G20. 2016. *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. París: Éditions OCDE.

⁷ Cheffins, Brian R. 2012. *The History of Corporate Governance*. Cambridge: European Corporate Governance Institute.

⁸ A modo de ejemplo, los casos Enron, Parmalat, Worldcom, BCCI Bank, Polly Peck, entre otros. Véase Pass, Christopher. 2002. *Corporate Governance and The Role of Non-Executive Directors in Large UK Companies: An Empirical Study*. Bradford: Working Paper Series.

⁹ La crisis de confianza suscitada en el mercado de valores por los escándalos de fraude y conductas inapropiadas de funcionarios gerenciales es narrada por Cohen, Ding, Lesage y Stolowy. Véase Cohen, Jeffrey, Ding, Yuang, Lesage, Cédric y Stolowy, Hervé. 2010. “Corporate Fraud and Managers’ Behavior: Evidence from the Press. *Journal of Business Ethics* 95, n° 1: 271-290.

¹⁰ Y, así, en distintos países del mundo se publicaron propias versiones del Reporte Cadbury: los Informes Olivencia, Aldama y Conthe en España, el Informe o Código Preda en Italia, el Informe Dey en Canadá, el Informe Peters en Holanda, los Reportes Bouton y Vienot en Francia, el Informe KontraGesetz en Alemania, y los sucesivos Reportes Hempel, Greenbury, Higgs, y el *Combined Code* de 2003, entre otros. Véase, Ustáriz, Op. Cit., 2, p. 149.

El principio de “cumplir o explicar” comporta que los códigos de buen gobierno corporativo confían a las compañías la voluntad de acogerse o no a sus recomendaciones, esto es, de regular su sistema de gobierno corporativo a través del código o regular aquel sistema bajo su propio designio (principio de autorregulación, explicado en el Informe Aldama¹¹), pero, en caso de distanciarse de aquellas sugerencias, la compañía deberá explicar las razones que justifican su decisión en sus reportes anuales a la autoridad reguladora de la actividad bursátil¹².

Por otro lado, los comités de trabajo conformados para la creación de códigos de gobierno corporativo entendieron que, aunado a la existencia de un sistema de administración y control de las sociedades mercantiles, resulta ineludible imprimir valores de ética, responsabilidad y transparencia en la noción de gobierno corporativo. En palabras del conocido Informe Olivencia, “la ética es un índice de calidad”, sin la cual “no puede haber valor ni valía de las entidades, ni de organizaciones, ni de instituciones públicas o privadas”¹³. Así, el rescate de la ética en gobierno corporativo, que representa una reivindicación a las raíces históricas del Derecho Mercantil mismo¹⁴, integra junto con sus consecuencias (transparencia, responsabilidad, etc.) una parte fundamental del concepto de gobierno corporativo.

En suma, podemos advertir que por gobierno corporativo se entiende aquel sistema que, basado en la voluntariedad, autorregulación, ética, transparencia y responsabilidad, disciplina la administración y control de la sociedad mercantil, así como las relaciones existentes entre la gestión societaria, el accionariado y los grupos de interés.

Conviene destacar, además, que, desde un punto de vista histórico, y pese a que el auge del estudio sobre el concepto actual de gobierno corporativo ocurrió a partir de la década de los ochenta, consideramos que, con anterioridad a tal auge, la noción de gobierno corporativo se hallaba ya inscrita en el Derecho Societario y regulada por este.

En efecto, el concepto de gobierno corporativo se manifiesta en el Derecho Societario en el momento en el cual el legislador se preocupó por disciplinar los sistemas y estándares de gobernabilidad, estabilidad y contraloría de las compañías, y el rastreo de ese origen histórico se remonta a las manifestaciones primigenias de toda forma societa-

¹¹ Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas. 2003. *Informe Aldama*. Madrid: Comisión Nacional del Mercado de Valores.

¹² El principio “cumplir o explicar” (*comply or explain*), ha sido denominado por la doctrina de habla hispana como “principio de voluntariedad”. Véase Velayos Lluís, Juan. 2006. “Los principios reguladores del gobierno corporativo en España”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 14, n° 1: 85-96.

¹³ Olivencia, Manuel. 1999. *El buen gobierno de las sociedades*. Valencia: Fundación ÉTNOR.

¹⁴ Véase, de Stefano, Lodovia. 2010. *Contrarre con l'impresa: profili soggettivi ed oggettivi*. Milano: Università degli Studi di Milano-Bicocca.

ria actualmente conocida, toda vez que, desde un inicio, se destacaba la importancia de regular las maneras bajo las cuales las compañías son dirigidas y controladas¹⁵.

La novedad en el concepto moderno de gobierno corporativo estriba, no obstante, en dos puntos cardinales: en primer lugar, en el progreso o actualización de las bases del Derecho Societario en lo atinente a la gobernabilidad, estabilidad, control y democracia societarias como resultado de la adaptación y modernización de aquella ciencia conforme a las realidades económicas, y, en segundo lugar, en la concurrencia multidisciplinaria en los estudios sobre gobierno corporativo, esto es, el estudio del gobierno corporativo desde ciencias como la economía, la administración, entre otras, lo cual imprime un valor empírico o pragmático en el concepto, redundando en ventajas para el análisis y aplicación jurídica de la noción.

2.- Gobierno corporativo y la optimización del status jurídico del accionista: la intervención activa del socio en la gestión societaria y el deber de lealtad de los administradores.

Tulio Ascarelli considera que la posición del accionista frente a la sociedad implica un “status” o presupuesto que comprende un conjunto de derechos y obligaciones cuyo titular posee frente a la compañía por su condición de socio¹⁶. Broseta Pont y Martínez Sanz, siguiendo la línea de Ascarelli, afirman que, particularmente, los derechos atribuidos al accionista en su status frente a la compañía son de tipo “económico-patrimonial”, “político-personal”, y “otros derechos”¹⁷.

Asimismo, Hung Vaillant identifica una serie de prerrogativas que el Código de Comercio venezolano reconoce al accionista, y, entre ellos, el derecho del socio a intervenir en la administración social, el cual comporta la posibilidad de que el accionista, ejerciendo su derecho al sufragio en las asambleas de la compañía, participe de forma inmediata en la toma de decisiones de la sociedad mercantil, votando a favor o en contra de las propuestas de la Junta Directiva¹⁸. Como se explicará, el derecho del socio a la intervención en la administración de la sociedad resulta un punto de partida fundamental para la aplicación de la noción de gobierno corporativo en el Derecho Societario venezolano.

¹⁵ Cheffins sostiene que la sistematización de la historia del gobierno corporativo ha resultado una tarea laboriosa y difícil, que excede de los reportes y códigos de buen gobierno corporativo y redirige a los prístinos inicios del Derecho Societario. En su introducción, observa que no existe un “tratamiento histórico y definitivo sobre gobierno corporativo y quizá nunca exista uno, dado la vastedad de la materia”, apuntando que, ciertamente, “el gobierno corporativo ha estado entre nosotros desde que el uso de la forma corporativa creó la posibilidad de conflicto entre inversionistas y directores”. Cheffins, Op. Cit. 7, p. 1.

¹⁶ Ascarelli, Tulio. 1951. *Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas*. México D.F: Imprenta Universitaria.

¹⁷ Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando. 2017. *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I. Barcelona: Editorial Tecnos.

¹⁸ Hung Vaillant, Francisco. 1986. *Sociedades*. Caracas: Alirio Dorantes – Editor.

Del Reporte Cadbury puede entenderse que, en efecto, el concepto de gobierno corporativo se construye sobre un principio fundamental, el cual es la separación entre la propiedad de la compañía de la administración empresarial, es decir, de la diferencia entre la persona del accionista y de la del administrador, y viceversa¹⁹, pero entendiendo la amplia brecha que existe entre ambos en cuanto a cuál sector concentra y ejerce con mayor nivel de eficacia real el poder en la compañía.

Tal separación entre propiedad y administración, no obstante, probó resultar contraproducente: antes de 1980, Livingston registra una suerte de “pasividad” de los accionistas ante la actuación de los administradores, y, en general, al estado de sus compañías, adoptando los socios una postura de “indiferencia a todo asunto atinente a la compañía de la cual son dueños, salvo en lo que respecta a sus dividendos y al precio promedio de la acción”²⁰. Aquella indiferencia, produjo en que sobre la gestión societaria recaiga un poder casi ilimitado y sin ningún contrapeso jurídico que garantizara un equilibrio debido entre ambos sectores, accionistas y directores, en la toma de decisiones.

Precisamente, la pasividad de los accionistas respecto a las compañías de su propiedad, que devino en un exceso de arbitrio para los administradores, labró el terreno para la ocurrencia de los principales casos de fraude corporativo y corrupción empresarial²¹; de ahí que, desde la década de los ochenta, con la publicación de los primeros reportes y con el auge de los inversionistas institucionales²², la noción de gobierno corporativo representa un modelo político-societario²³ de reivindicación y optimización del status jurídico de los accionistas frente a la compañía, al cual se refiere Ascarelli.

En ese sentido, postulamos que la materialización del status jurídico optimizado del accionista por el concepto actual de gobierno corporativo se traduce en dos novedades teóricas: primero, una reafirmación del derecho del socio a la intervención activa en el quehacer decisorio de la compañía, y segundo, y correlativamente, una reconfiguración del deber de lealtad de los administradores, a la luz de ese rol activo.

¹⁹ “(...) the separation of ownership from management”, en palabras del Reporte Cadbury. Véase, The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd. Op. Cit. 4, p. 35.

²⁰ Livingstone, Joseph. 1958. *The American Stockholder*. Philadelphia: J.B. Lippincott Company.

²¹ Véase Cohen, Ding, Lesage y Stolowy, Op. Cit. 8, p. 279.

²² Gillan, Stuart L. y Starks, Laura T. 2000. “Corporate governance proposals and shareholder activism: the role of institutional investors”. *Journal of Financial Economics* 25, n° 1: 260-281.

²³ Tendencia denominada por un amplio número de autores como “shareholder activism”, la cual, según Goranova y Versteegen Ryan, ha provocado “la evolución de un modelo de gobierno corporativo basado en el mercado, a un modelo político”. Véase Goranova, María y Versteegen Ryan, Lori. 2013. “Shareholder Activism: A Multidisciplinary Review”. *Journal of Management* 40, n° 1: 1230-1268.

Ciertamente, la confirmación del derecho del accionista a un papel activo en la administración societaria, sin implicar *a fortiori* que el socio ocupe un puesto en la Junta Directiva, comprende que la administración o Junta Directiva de la sociedad mercantil someta decisiones importantes sobre el destino económico de la compañía a la asamblea de accionistas, que permita a los socios presentar a consideración del órgano deliberante sus propuestas sobre el rumbo de la compañía, y que, en definitiva, promueva la activa iniciativa asamblearia en el seno del accionariado encaminada a que el titular de la acción, en la medida de su interés, participe del día a día de la función gerencial.

Igualmente, consideramos que, producto de la reafirmación de la intervención del socio en la administración de la compañía, el deber de lealtad que debe guardar la dirección de la compañía experimenta una reconfiguración basada en las eventuales violaciones a aquel deber en las cuales puede incurrir la administración de la compañía que pretenda desconocer o conculcar la posibilidad interventora del accionista en la dirección de la sociedad mercantil²⁴.

En efecto, si la voluntad social originada en las asambleas de la compañía consiste en la comunidad volitiva de sus accionistas, cualquier intento de la gestión societaria destinado a prevenir o contravenir la materialización de esa voluntad de los socios de intervenir en los asuntos de la Junta Directiva por vía asamblearia, implica una ruptura al deber de lealtad que los directores deben guardar respecto a la sociedad; debe recordarse que los administradores, según el artículo 264 del Código de Comercio, son solidariamente responsables por “la ejecución de las decisiones de la asamblea”²⁵, y soslayar su cumplimiento comporta, entonces, que aquellos “defrauden la confianza de que son depositarios”, citando a Laguado Giraldo²⁶.

Así, correlativamente a la reafirmación del rol activo del accionista, la noción de gobierno corporativo optimiza el status jurídico del accionista por medio de la reconfiguración del deber de lealtad que recae sobre los administradores de la sociedad, y que los obliga a someter a consideración asamblearia los principales asuntos que afecten la cotidianidad de la compañía.

²⁴ Ribas Ferrer, Vicenç. 2004. *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.

²⁵ La afirmación tiene un sólido precedente en el Derecho Comparado; en ese sentido, España, artículo 236 del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio de Ley de Sociedades de Capital, con su posterior modificación por la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo; Ecuador, artículos 262 y 263 de la Ley de Compañías del año 1999; Perú, primer aparte del artículo 177 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades; Portugal, artículo 64 del Decreto-Ley N° 262/86 de Código de Sociedades Comerciales, específicamente mencionando el deber de lealtad en el numeral “1.”, literal “b”); México, artículo 158, literal “IV.” de la Ley General de Sociedades Mercantiles, entre otros.

²⁶ Laguado Giraldo, Darío. 2004. “La responsabilidad de los administradores”. *Revista Universitas* 53, n° 108: 225-280.

En conclusión, la noción de gobierno corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano implica, primeramente, la optimización del status jurídico del accionista frente a la compañía de cuyas acciones es titular, como modelo político-societario consistente en la reafirmación del derecho del socio a la intervención activa en la administración societaria, y en la reconfiguración del deber de lealtad de los directores de la compañía como consecuencia de aquel derecho del accionista.

3.- La dimensión jurídica de la teoría del “stakeholder”.

A partir del año 1963, con un memorándum institucional del Stanford Research Institute y con una importante obra de Igor Ansoff²⁷, surgen los primeros vestigios de una teoría del “stakeholder”, elaborada con el propósito de explicar la incidencia que determinados grupos con intereses diversos gozan sobre las decisiones de la administración societaria, aun sin ser accionistas, por la trascendencia de las contribuciones que aportan a la compañía.

La teoría del stakeholder responde a la concepción de la empresa como un elemento de la realidad económica, siguiendo a Farina, cuyo éxito depende de su interacción con otros sujetos capaces de reportar ventajas a su favor para la realización de su acometido²⁸. Así, la sostenibilidad de la compañía que garantizan aquellos sujetos o grupos les atribuye una considerable influencia en la forma bajo la cual la sociedad mercantil es dirigida y controlada, como quiera que de su aporte depende la existencia misma de la sociedad mercantil, parafraseando a Freeman y Reed²⁹.

En este sentido, el alcance subjetivo del concepto de “stakeholder” en materia de gobierno corporativo es diverso, y el Código de Gobierno Corporativo de Japón, disciplinado en torno a aquella noción, es peculiarmente ilustrativo: los Principios Generales del código japonés reconocen la “creación de valor a mediano y largo plazo como resultado de la provisión de recursos y contribuciones hechas por un rango amplio de stakeholders”, incluyendo “los empleados, clientes, socios comerciales, acreedores y comunidades locales”³⁰. Adicionalmente, la noción de “responsabilidad social corporativa”, derivada del concepto de sostenibilidad, justifica la amplitud subjetiva de la palabra “stakeholder”, admitiendo a toda persona que maximice el valor de la empresa³¹.

²⁷ Ansoff, Igor. 1965. *Corporate Strategy: An Analytic Approach to Business Policy for Growth and Expansion*. New York: McGraw-Hill.

²⁸ Farina, Juan. 1999. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

²⁹ Freeman, R. Edward y Reed, David L. 1983. “Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance”. *California Management Review* 25, n° 3: 88-106.

³⁰ The Council of Experts Concerning the Corporate Governance Code. 2015. *Japan’s Corporate Governance Code*. Japanese Stock Exchange. Tokyo: Financial Services Agency

³¹ Moreno Prieto, Rafael. 2014. *El gobierno corporativo en Iberoamérica*. Lima: Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores.

Ahora bien, la teoría del stakeholder ha sido, en parte, admitida en el Derecho Societario de algunos países en su regulación normativa del gobierno corporativo de las compañías de capital, aunque con un alcance subjetivo más limitado³². Algunos de los grupos considerados como “stakeholders”, en realidad, ya gozaban de una importancia jurídica predeterminada en los ordenamientos societarios, y se propugna que la administración de la compañía pondere y armonice los intereses de esos grupos.

Así, a los efectos de nuestro estudio, conviene estudiar la dimensión jurídica de la teoría del stakeholder, esto es, el nivel de incidencia jurídica de determinados grupos de interés sobre el gobierno corporativo, considerando tres grupos cuya relevancia jurídica preexiste a la teoría del stakeholder, y que, con su consolidación, se ha ratificado su importancia para el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: los acreedores, los trabajadores, y los consumidores.

3.1.- Acreedores como stakeholders y gobierno corporativo.

Es sabido que la confianza y credibilidad comercial de la compañía depende de la prontitud y suficiencia que esta dispense al cumplimiento de las obligaciones crediticias que contrae³³, y así lo ha entendido el Derecho Mercantil, privilegiando la seguridad de los derechos de los acreedores como un postulado consolidado³⁴, y que justifica los diferentes procedimientos y mecanismos concursales regulados a partir del artículo 898 del Código de Comercio venezolano. Los acreedores, entonces, son titulares de un interés jurídicamente favorecido detrás del cual subyace la viabilidad económica misma de la sociedad de capital.

Así, los acreedores como stakeholders encuentran interés en el gobierno corporativo, en cuanto el sistema bajo el cual las compañías se encuentran dirigidas y controladas, puesto que del éxito de las decisiones que disponga el manejo gerencial de la compañía depende el rendimiento y satisfacción de la prestación que la compañía le adeuda; por tal razón, la confianza del crédito y seguridad de los derechos del acreedor como principios prometen una influencia determinante de los acreedores en el gobierno corporativo.

³² Es de especial interés el Código de Sociedades Comerciales portugués, anteriormente aludido. En su artículo 64, numeral “1.”, literal “b)”, preceptúa que el deber de lealtad de los administradores comprende la atención a largo plazo de los intereses de los socios, pero ponderando, además, los intereses de “otros sujetos relevantes para la sostenibilidad de la sociedad”, tales como sus trabajadores, clientes y acreedores. El Código de Sociedades Comerciales de Portugal, entonces, admite tanto el concepto de sostenibilidad como la noción de stakeholder, delimitando aquel concepto subjetivamente a los trabajadores, clientes y acreedores.

³³ Pineda León, Pedro. 1960. *Principios de Derecho Mercantil*. Barcelona: Industrias Gráficas Seix Barral Hnos.

³⁴ Palma Rogers, Gabriel. 1935. *Derecho Comercial*. Santiago de Chile: Talleres Gráficos Artuffo.

Ahora bien, aquella influencia sobre el gobierno corporativo puede hacerse efectiva por medios jurídicos principalmente en momentos de anormalidad o inestabilidad financiera que atraviese la sociedad mercantil, al decir de Mercadal Vidal, por cuanto la insolvencia de la compañía autoriza el empleo de los remedios concursales como la quiebra y el atraso, dispuestos a la masa de acreedores para la satisfacción de su crédito frente a la sociedad deudora en aquellas situaciones³⁵, además de que podrían aquellas situaciones de deterioro económico motivar a la Junta Directiva a suscribir con los acreedores determinados “acuerdos” para la reestructuración o refinanciación amistosa y extraconcursal de las deudas de la compañía, como los llamados “covenants”³⁶.

En conclusión, los acreedores son stakeholders con un interés privilegiado en el Derecho Mercantil, y concentran, en consecuencia, una importante influencia jurídica en el quehacer decisorio de la sociedad mercantil, traducida en el ejercicio de mecanismos o procedimientos concursales como la quiebra y el atraso, regulados en nuestro Código de Comercio³⁷, y, sobre todo, en la celebración de negocios jurídicos contractuales extraconcursales con el propósito de renovar la planificación del cumplimiento de las obligaciones contraídas.

3.2.- Trabajadores como stakeholders y gobierno corporativo.

La importancia de los trabajadores para la compañía por la magnitud de la contribución que por medio de su oficio reportan a la sociedad mercantil es indudable, y de aquella parte la inscripción de los trabajadores en los grupos que poseen una influencia ostensible sobre la forma bajo la cual las compañías son dirigidas y controladas: la dependencia de la compañía respecto al esfuerzo o contribución de sus empleados comporta que la satisfacción de los intereses de los trabajadores sea uno de los principales nortes de las Juntas Directivas o Consejos de Administración, por lo cual los trabajadores, en efecto, son stakeholders de gran importancia para el gobierno corporativo de las compañías.

³⁵ Atraso y quiebra, como procedimientos concursales, junto con algunos remedios como el derecho de retención, todos regulados en el Código de Comercio venezolano y dispuestos para situaciones de insolvencia financiera. En las normativas internacionales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o por sus siglas en inglés, UNCITRAL), específicamente la cuarta parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia indica que el momento en el cual se configuran las obligaciones que dimanar de la posible insolvencia es la “zona gris”, o “el período inmediatamente anterior a la insolvencia”; en otras palabras, bastará con la sola inminencia de la insolvencia producto del severo deterioro económico de la compañía para autorizar a los acreedores a la activación de los mecanismos concursales, y, por tanto, de ejercer su influencia directa en el gobierno corporativo. Véase Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2020. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*. Viena: Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

³⁶ Mercadal Vidal, Francisco. 2018. *Los acreedores en el gobierno corporativo*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.

³⁷ A partir del artículo 898 hasta el artículo 913 del Código de Comercio venezolano, en el caso del atraso; artículo 914 hasta el artículo 1.081 *eiusdem*. Ambas instituciones, por diversas razones, se hallan en desuso a nivel práctico.

Entre nosotros, las leyes que regulan las relaciones de trabajo entre empleado y patrono disponen a favor del trabajador un importante número de mecanismos suficientes que podrían orientarse al ejercicio de un notable nivel de influencia de los trabajadores, en cuanto stakeholders, sobre el gobierno corporativo de la sociedad mercantil; en tal sentido, a la luz de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, mecanismos como los sindicatos, negociación y convención colectiva y conflictos colectivos³⁸ constituyen medios normativos de ejercicio de influencia directa sobre asuntos inherentes al gobierno societario, con miras a la realización de sus propósitos en cuanto grupo de interés.

3.3.- Consumidores como stakeholders y gobierno corporativo.

Los consumidores son los destinatarios finales de toda actividad económica, como bien afirma Farina³⁹, y, como grupo de interés o stakeholders, participan del mercado “buscando satisfacer necesidades y deseos de la manera más eficiente”⁴⁰. Es indudable que, en un sentido puramente económico, las compañías procuran la satisfacción del consumidor como estrategia para el aumento de sus ventas y subsecuente mejoría de su posición económica y prestigio; de allí que los consumidores aseguran su influencia en la dirección de la compañía, la cual se preocupará por adoptar medidas que, eficientemente, satisfagan las “necesidades y deseos” de los consumidores, y afinen las relaciones de la sociedad mercantil con el público.

Ahora bien, jurídicamente, y pese a que toda compañía intenta mantener estrechos vínculos su clientela, las situaciones de vulnerabilidad o desequilibrios negociales del consumidor respecto a la compañía proveedora de bienes y servicios al momento de celebrar los denominados “contratos de consumo”⁴¹, motivó a legisladores a nivel mundial a disciplinar un modelo normativo que garantice una correcta interacción jurídica entre los proveedores de bienes y servicios y los consumidores, basado en un régimen de protección a favor de los últimos. Venezuela, como apunta Chacón Gómez, no es extraña a tal tendencia, y en nuestro país se han promulgado distintas leyes consistentes con aquella protección⁴².

Sin ánimos de examinar exhaustivamente las respuestas jurídicas al contraste entre los derechos del consumidor y la eventual superioridad económica de las compañías

³⁸ Alfonso Guzmán, Rafael. 1987. *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*. Caracas: Corporación Marca, S.A.

³⁹ Farina, Op. Cit. 28, p. 13.

⁴⁰ Valbuena Espinosa, Juan Camilo. 2016. “Los consumidores como grupo de interés”. *Cultura Científica* 46, n° 14: 46-58.

⁴¹ Véase, Alterini, Atilio Aníbal. 1999. *Contratos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

⁴² Chacón Gómez, Nayibe. 2017. “Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que precios justos”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* 9, n° 1: 143-165.

que proveen bienes y servicios, nos limitamos a observar que las dos realidades antes apuntadas determinan el nivel de la influencia jurídica que ejercen los consumidores sobre el gobierno corporativo de las sociedades mercantiles: por un lado, la satisfacción del consumidor como acometido económico de la compañía, y, por el otro, el marco de protección jurídica al consumidor y usuario en Venezuela, cuyo tratamiento normativo ha comprendido distintas leyes entre nosotros, ya vigentes o derogadas, como la Ley Orgánica de Precios Justos, la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, entre otras.

4.- La Junta Directiva: tipos de directores, comités fundamentales y auditoría sobre la gestión societaria.

La Junta Directiva y sus distintas denominaciones y formas han sido, naturalmente, el objeto del análisis más exhaustivo y cuidadoso de los estudios sobre gobierno corporativo. La incursión de las ciencias económicas en las fases primigenias o inaugurales de la consolidación del concepto moderno de gobierno corporativo centró el debate en la medición de la efectividad de la Junta Directiva y su impacto real sobre el desempeño financiero exitoso de la sociedad mercantil⁴³, orientando a otras áreas del conocimiento, incluyendo al Derecho Societario, a la búsqueda de sistemas, organizaciones y estructuras corporativas capaces de definir y materializar el norte económico de la compañía.

Las consecuencias del análisis sobre la efectividad de la Junta Directiva y su real trascendencia sobre el desempeño de la sociedad mercantil, ha motivado a los códigos de buen gobierno corporativo a regular, principalmente, tres aspectos fundamentales sobre la estructura y funcionamiento de la Junta Directiva: los tipos de directores que integran aquel órgano gerencial; los comités fundamentales; y la auditoría sobre la gestión societaria⁴⁴. Los siguientes tres subcapítulos se dedican al desarrollo de aquellos aspectos, siguiendo la experiencia internacional e intentando demostrar la recepción y/o las consecuencias de tales aspectos de gobierno corporativo en la legislación societaria venezolana actual.

⁴³ Aparentemente, tal medición del impacto de la Junta sobre el éxito económico de la compañía no devino en resultados concluyentes, a la luz de la metodología empleada por los estudiosos de gobierno corporativo provenientes de las ciencias económicas. Nicholson y Kiel, examinando el problema desde tres teorías del gobierno corporativo sobre el nexo entre la actividad de la Junta Directiva y el desempeño de la compañía, no hallan un patrón teórico común que logre demostrar que tal nexo existe; en otras palabras, resultó imposible comprobar que las decisiones de la administración societaria influyen determinadamente en el éxito de la compañía. A los mismos resultados poco concluyentes arribaron Adams, Hermalin y Weisbach. Véase Nicholson, Gavin J. y Geoffrey C. Kiel. 2007. "Can directors impact performance? A case based test of three theories of corporate governance". *Corporate Governance: An International Review* 15, n° 4: 585-608; y Adams, Renée, Hermalin, Benjamin E., y Weisbach, Michael S. 2008. *The Role of Board of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework and Survey*. Cambridge: National Bureau of Economic Research.

⁴⁴ Paz-Ares, Op. Cit. 3, p. 30.

4.1.- Tipos de directores que integran la Junta Directiva.

Tanto las leyes societarias como los distintos códigos de gobierno corporativo dispuestos, principalmente, por órganos reguladores de las bolsas o mercados de valores, y sin perjuicio a los principios de autorregulación y voluntariedad, han disciplinado distintos tipos de directores o consejeros⁴⁵, y atribuido sus funciones específicas. Aunque estas varían según las particularidades de cada ordenamiento normativo, dos clasificaciones emergen como constantes: una clasificación de acuerdo con el tipo de función que ejerce el director, y otra tipología en función del grado de vinculación del director o consejero con la compañía, sus accionistas y sus miembros de la Junta.

La primera de las clasificaciones, esta es, de acuerdo con el tipo de función que asume el consejero o director, distingue entre dos tipos de directores o consejeros: directores ejecutivos y no ejecutivos.

Los directores ejecutivos son los miembros de la Junta Directiva que reciben la delegación de la función gerencial de la compañía, comprendiendo la gestión de los asuntos diarios y la representación de la sociedad mercantil, además de la “definición los objetivos estratégicos de la compañía y la provisión del liderazgo para ejecutarlos”, según el Reporte Cadbury⁴⁶. Los directores no ejecutivos, por el contrario, resultan ajenos a la administración cotidiana y asumen distintas funciones, normalmente orientadas a la “supervisión de la función ejecutiva”, a la “contribución al desarrollo de la estrategia” y a integrar los comités de la Junta Directiva, según el Reporte Higgs⁴⁷.

En este sentido, conviene destacar que Pass advierte que los directores no ejecutivos son importantes depositarios de la confianza de los inversionistas, pues, desde los mayores escándalos de fraude corporativo, cobraron una necesaria importancia por su conocimiento, “integridad y altos estándares éticos”, según el Reporte Tyson⁴⁸, siendo altamente considerados por los inversionistas como una suerte de garantía o control sobre la gestión ejecutiva de la sociedad⁴⁹; de allí que, como se estudiará con posterioridad, la amplia mayoría de los códigos de buen gobierno corporativo recomiendan que los directores no ejecutivos integren en su totalidad las comisiones fundamentales de la Junta Directiva.

⁴⁵ En países de habla castellana, la palabra “consejeros” se emplea para referirse a los miembros del Consejo de Administración, ya asuman o no alguna función gerencial o propiamente de asesoría.

⁴⁶ The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd, Op. Cit. 4, p. 35.

⁴⁷ Higgs, Derek. 2003. *Review of the role and effectiveness of non-executive directors*. London: The Stationery Office, Department of Trade and Industry.

⁴⁸ Tyson Commission. 2003. *The Tyson Report on the Recruitment and Development of Non-Executive Directors*. London: Department of Trade and Industry.

⁴⁹ Pass, Op. Cit. 8, p. 5.

Por otro lado, la segunda de las clasificaciones antes apuntadas, esto es, aquella formulada en función de grado de vinculación del director o consejero con la sociedad, diferencia a los directores “internos” de los directores “externos” o independientes.

Los directores internos, denominados en los Estados Unidos y en el Reino Unido “inside directors” y en España como “consejeros dominicales”⁵⁰, son aquellos miembros de la Junta Directiva que guardan una relación directa con la compañía, ya como empleados, accionistas o stakeholders, de suerte que su grado de vinculación con la corporación condiciona indefectiblemente sus juicios u opiniones sobre los asuntos que circundan a la sociedad mercantil.

Los directores externos o independientes, también nombrados “outside directors” o “consejeros independientes”, por el contrario, son aquellos caracterizados por su independencia de la compañía, de los accionistas, y de la gestión societaria, lo cual permite que ofrezcan una visión o juicio independiente e incondicional sobre los asuntos empresariales⁵¹. En efecto, el Codice di Corporate Governance de Italia indica en el aparte de “Definizioni” que se considerarán directores independientes aquellos que “no han sostenido, ni siquiera indirectamente, ni con la compañía o asociados, relaciones que condicionen su juicio independiente”⁵², mientras que el Corporate Governance Kodex de Alemania dispone que este tipo de directores debe guardar suficiente independencia de “los miembros de la compañía, de los miembros de la Junta y de cualquier accionista mayoritario”⁵³.

La medición del grado de independencia que sostienen respecto a aquellos usualmente se realiza por medio de estándares dispuestos por la legislación societaria o por los códigos de buen gobierno corporativo, redactados en sentido negativo. Así, el artículo 529 duodecies de la Ley de Sociedades de Capital preceptúa que un consejero o director no ha de considerarse independiente si, entre otras, ha sido consejero durante un período continuado superior a doce años; si mantiene una relación comercial significativa con la sociedad, entre otras. Algunos códigos de buen gobierno corporativo, como el UK Corporate Governance Code, opta por confiar a la sociedad mercantil la autodeterminación de sus directores independientes, esto es, que la compañía declare cuál de sus directores considera independientes en sus reportes anuales⁵⁴.

⁵⁰ Artículo 529 duodecies, numeral 2 de la Ley de Sociedades de Capital de España, la cual reza que se considerarán consejeros dominicales “aquellos que posean una participación accionaria igual o superior a la que se considere legalmente como significativa o que hubieran sido designados por su condición de accionistas”.

⁵¹ Quintero Bencomo, Rodrigo. 2021. “The Role of Independent Non-Executive Directors in Resolving Corporate Governance Disputes: A Framework of Conciliation for Effectively Addressing Controversies Within Shareholders, Stakeholders and the Board of Directors”. *Trento Student Law Review* 3, n° 1: 17-58.

⁵² Il Comitato per la Corporate Governance. 2020. *Codice di Corporate Governance*. Roma: Borsa Italiana.

⁵³ Regierungskommission. 2020. *Deutscher Corporate Governance Kodex*. Berlin: Deutsches Aktieninstitut e.V.

⁵⁴ Financial Reporting Council. 2018. *UK Corporate Governance Code*. London: The Financial Reporting Council Limited.

Asimismo, desde el Reporte Cadbury, se la ha atribuido una especial importancia los directores independientes, en tanto se considera que su juicio autónomo, al no existir un grado de vinculación con la compañía que lo condicione, es fundamental para supervisar y garantizar la responsabilidad de los administradores⁵⁵. Sin embargo, recientemente algunos autores han esgrimido críticas a su rol prominente, principalmente por dos razones: en primer lugar, Olcese Santoja advierte sobre la negligencia en la cual puede desembocar el hecho de que el director o consejero independiente no guarde “con la sociedad ninguna relación ni ninguna otra distinta de aquella que lo vincula como consejero”⁵⁶, mientras que Gutiérrez Urtiaga y Sáez Lacave catalogan a aquellos directores como un “dispositivo de supervisión ineficaz para las empresas con estructura de propiedad concentrada”, al criticar la poca independencia práctica que guardan los consejeros independientes respecto a la sociedad mercantil⁵⁷.

Ahora bien, explicadas las clasificaciones de directores, un examen de las disposiciones normativas del Código de Comercio venezolano observaría la posibilidad para las sociedades mercantiles para, por vía estatutaria o asamblearia, designar a los distintos tipos de directores antes destacados, ya ejecutivos o no ejecutivos, e internos o independientes.

En efecto, pese a que el Código de Comercio permite la administración unipersonal, el artículo 270 preceptúa que la gestión y representación de la compañía puede delegarse a “directores, gerentes u otros agentes, asociados o no, cuyo nombramiento, revocación y atribuciones reglarán los estatutos”. Existe, entonces, la posibilidad de que, por vía estatutaria, la compañía designe a distintos tipos de directores, “gerentes u otros agentes, asociados o no”, siendo el alcance normativo lo suficientemente abierto, a nuestro juicio, para incluir a los tipos de directores o consejeros antes explicados. Asimismo, Goldschmidt sostiene que “la sociedad puede nombrar un gerente o director general fuera de la Junta, siempre que dicha posibilidad sea prevista por los estatutos”⁵⁸, es decir, una especie de director ejecutivo externo, lo cual no es usual en otras latitudes.

En conclusión, el Código de Comercio venezolano admite la designación de distintos tipos de directores en la Junta Directiva, ya ejecutivos o no ejecutivos, e internos o independientes, ajustándose su contenido en este aspecto a la noción moderna de

⁵⁵ The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd, Op. Cit. 4, p. 38.

⁵⁶ Olcese Santoja, Aldo. *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

⁵⁷ Gutiérrez Urtiaga, María y Sáez Lacave, María Isabel. 2012. “El mito de los consejeros independientes”. *Revista InDret* 2, nº 1: 2-44.

⁵⁸ Goldschmidt, Roberto. 1958. «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en el derecho venezolano». Conferencia pronunciada en la Facultad Internacional de Derecho Comparado de Luxemburgo, 8 de septiembre.

gobierno corporativo, aun cuando su contenido es preexistente al recorrido histórico de aquel concepto.

4.2.- Las comisiones fundamentales: comisión de nombramientos, comisión de retribuciones, comisión de auditoría.

La extensa mayoría de los códigos de buen gobierno corporativo, desde el Reporte Cadbury, disponen que la existencia de tres comisiones internas de la Junta Directiva resulta perentoria: una comisión de nombramientos, una comisión de remuneraciones, y una comisión de auditoría.

La comisión de nombramientos, en primer lugar, se orienta a la deliberación y designación de los candidatos que considere adecuados a la Junta Directiva, ya ejecutivos o no ejecutivos⁵⁹. La comisión de retribuciones, por otro lado, asume la minuciosa tarea de fijar la remuneración salarial y beneficios laborales de los directores ejecutivos⁶⁰; y, finalmente, la comisión de auditoría⁶⁰ como órgano de control de la información de los estados financieros, sobre la cual volveremos en el próximo subcapítulo⁶¹.

Igualmente, conviene resaltar que existe unanimidad entre los códigos de gobierno corporativo en reconocer que todas estas comisiones deben integrarse únicamente por directores no ejecutivos, y, sobre todo, por aquellos consejeros no gerenciales que guarden un nivel suficiente de independencia respecto a la compañía, a los accionistas y demás directores⁶².

Sobre este aspecto, en el Código de Comercio venezolano las disposiciones normativas parecen reconocer la suficiente libertad estatutaria para disciplinar los comités fundamentales de gobierno corporativo en el documento estatutario de algunas compañías, pues de los artículos 212, 213 y 214 de aquel instrumento normativo, los cuales regulan los requisitos mínimos del acta constitutiva y estatutaria de distintos tipos sociales, no se evidencia prohibición expresa alguna a la disciplina estructural de la Junta Directiva en función de distintos comités, por lo cual consideramos que, en efecto, la libertad estatutaria permite la creación de aquellas comisiones.

⁵⁹ Olcese Santoja, Op. Cit. 56, p. 47.

⁶⁰ The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd, Op. Cit. 4, p. 30. La retribución de los administradores generó en la doctrina española una interesante discusión a la luz del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, el cual autoriza varios “niveles” de remuneración de los consejeros, debate que atrajo la atención del Tribunal Supremo español, terminando aquel órgano jurisdiccional por privilegiar la fijación estatutaria de la remuneración de los administradores en Sentencia STS 494/2018 de 26 de febrero.

⁶¹ Ribeiro Troncoso, María Clara, Rawlins, Oscar, Rivero, Carlos y Miguel, Nabil. 2014. *15 años de Gobierno Corporativo en Iberoamérica. Líneas generales de su nacimiento y evolución*. Lima: Superintendencia de Mercado de Valores.

⁶² Véase, Recomendaciones “3.17”, “4.24” y “5.32” y del UK Corporate Governance Code, del Reino Unido; Principios 19 y 21 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, de España; Recomendaciones “5.3.” en adelante del Corporate Governance Kodex alemán; entre otros códigos.

Ahora bien, una excepción al párrafo anterior pudiera notarse en el contenido del artículo 275, ordinal 4° del Código de Comercio, el cual preceptúa que la asamblea ordinaria “(f)ija la retribución que haya de darse a los administradores y comisarios, si no se halla establecida en los estatutos”; de allí que, a la luz de aquella disposición legal, el Código de Comercio parece relegar la retribución de los administradores, en primer término, a los estatutos sociales, y, dado el caso que nada disciplinen aquellos sobre este aspecto, recae sobre la asamblea ordinaria la definición de la remuneración a los administradores, lo cual, *prima facie*, no torna incompatible la existencia de una comisión de retribuciones, pero sí podría entenderse que reduciría su labor a ser un comité consultivo y no decisorio, es decir, circunscribir a la comisión de retribuciones a aconsejar a la Junta Directiva sobre la remuneración salarial y beneficios de los directores, y no fijarla directamente, lo cual se distancia de la línea que adoptan distintos códigos de gobierno corporativo.

En suma, la posibilidad de disciplinar comisiones de nombramientos, remuneración y auditoría se inscriben en el margen de la libertad estatutaria a la luz de los artículos 212, 213 y 214 del Código de Comercio, pero con una notable excepción al comité de retribuciones, toda vez que el artículo 275, ordinal 4° *eiusdem* parece disponer la remuneración de los administradores en la reserva estatutaria o, subsidiariamente, a la asamblea.

4.3.- La auditoría sobre la gestión societaria: más allá del comisario y del control interno.

Antes indicamos que, en líneas generales, el gobierno corporativo se resume en la explicación de la forma bajo la cual las compañías son dirigidas y controlada. Así, y pese a que gran parte de los estudios se han concentrado en la dirección, el control sobre la gestión o administración societaria es un elemento imprescindible para el concepto moderno de gobierno corporativo, y a partir del cual se puede observar con claridad la presencia de la noción de gobierno corporativo en un Código de Comercio venezolano que, por la antigüedad de su contenido, parecería no admitir tal concepto, en un principio.

Pues bien, dado el historial de escándalos financieros y de fraude corporativo, distintos códigos de gobierno corporativo se preocuparon por extender el control sobre la administración de las compañías y revestirlo de un impacto efectivo sobre el quehacer decisorio, más allá del cumplimiento meramente formal de los deberes de contraloría que anualmente deben realizarse en el plano interno de la sociedad mercantil; de ahí que existen dos tendencias trascendentes en el tratamiento del régimen de inspección y supervisión sobre las decisiones de las Juntas Directivas: la primera de ellas es el establecimiento de una comisión de auditoría con controles contables externos e independientes, como prefiere el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas

español; y la segunda, el establecimiento de un Consejo de Vigilancia representativo de accionistas y trabajadores para fiscalizar la labor de la Junta Directiva, tendencia en la cual se inscribe el Corporate Governance Kodex de Alemania.

En primer lugar, se destaca una tendencia que se resume en un doble control sobre la administración de la sociedad, por medio de la comisión de auditoría y de una contraloría externa.

En efecto, la Recomendación 8 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de España dispone que la comisión de auditoría se encarga de “(velar) por que las cuentas anuales que le consejo de administración presente (...) se elaboren de conformidad con la normativa contable”, asignándosele a este comité la supervisión de “la eficacia del control interno, de la auditoría interna, de los sistemas de gestión de riesgos y del proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva”⁶³.

En este sentido, y acompañando la labor de la comisión interna de auditoría, se recomienda que esta última asuma “la selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor externo”. El auditor externo debe cumplir con estándares profesionales de independencia respecto a la compañía y administradores, evitando así el ocultamiento o manipulación de la información financiera real de la compañía⁶⁴.

Ahora bien, la segunda tendencia, preferida por el Corporate Governance Kodex de Alemania y por otros países de la Europa continental, consiste en el establecimiento de un Consejo de Vigilancia como parte de un sistema gestión dual de la compañía, el cual procura una mejor distribución del poder entre los distintos sujetos que intervienen en el gobierno corporativo⁶⁵, y en el cual se hallan representados los accionistas y los trabajadores⁶⁶.

La existencia correlativa y sinérgica del Consejo de Vigilancia y la Junta Directiva se encuentra destinada no solamente a la colaboración entre ambos órganos, sino a la supervisión, inspección y fiscalización del primero respecto al último, como quiera que el Consejo de Vigilancia, se insiste, concentra la representación accionaria y de los trabajadores, mientras que la Junta Directiva únicamente se encuentra compuesta por directores ejecutivos, según Martín-Martínez⁶⁷.

⁶³ Comisión Nacional del Mercado de Valores. 2020. *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Comisión Nacional del Mercado de Valores.

⁶⁴ Comisión Nacional del Mercado de Valores, Op. Cit. 64, p. 23.

⁶⁵ Martín-Martínez, Víctor Manuel. 2015. “Tendencias actuales de gobierno corporativo: Comparativa de los consejos de administración de Alemania, EE.UU., Japón y España. *Revista Universitaria Europea* 24, n° 1: 95-124.

⁶⁶ Regierungskommission, Op. Cit. 53, p. 5.

⁶⁷ Martín-Martínez, Op. Cit. 65, p. 102.

Asimismo, para aumentar la eficacia del control del Consejo de Vigilancia sobre la Junta Directiva, la Recomendación “5.3.” y “5.3.2” del Código alemán autorizan al Consejo de Vigilancia a crear comisiones, y, entre ellas, una “Comisión de Auditoría”, que asume temas como “la rendición de cuentas y la gestión de riesgo, la necesaria independencia del auditor”, entre otras. Así, el Consejo de Vigilancia reúne la contraloría interna y la contraloría externa de la tendencia antes explicada, pero, siendo que el Consejo de Vigilancia se encuentra integrado por representaciones de los accionistas y de los trabajadores, produce que las labores de aquella contraloría interna y externa se reporten directamente a aquellos sectores, previniendo la posibilidad de que la Junta Directiva pretenda intervenir en el trabajo de los auditores y en el resultado de su labor.

En síntesis, existen dos principales corrientes en torno al control sobre la gestión societaria: por un lado, una tendencia que se inclina al doble control, esto es, un control interno por medio de la comisión de auditoría, y un control contable externo por un auditor independiente; y por el otro, una corriente que consiste en el establecimiento de un Consejo de Vigilancia compuesto por una representación del accionariado y de los empleados, que comprende, a su vez, aquella auditoría o control interno y externo, los cuales reportarán sus resultados directamente al Consejo.

Ahora bien, en Venezuela, el Código de Comercio disciplina un control principalmente interno sobre la gestión societaria, principalmente concentrado en manos del comisario y de los accionistas.

Ciertamente, el artículo 265 del Código obliga a los administradores a rendir a los comisarios un “estado sumario de la situación activa y pasiva de la compañía” cada seis meses, y el artículo 304 *eiusdem* indica que los administradores deben presentar el balance de la compañía, que detalle el capital social existente y las entregas efectuadas y las demoras. Los comisarios, entonces, deberán elaborar un informe sobre la situación financiera y contable de la sociedad mercantil para someterlo a deliberación de los socios, sin la cual la asamblea ordinaria será nula a tenor de lo dispuesto en el primer aparte del artículo 287 del Código de Comercio. Igualmente, en teoría, la labor del comisario se extiende a la recepción de las denuncias de los accionistas a los actos de los administradores, de conformidad con el artículo 310 del Código.

Asimismo, el artículo 291 del Código de Comercio autoriza a la quinta parte del accionariado a denunciar ante los tribunales con competencia comercial las irregularidades que consideren fundadas en las que aparentemente incurran los administradores de la compañía, con miras de hacer efectivas las facultades de inspección y fiscalización de los accionistas respecto a quienes asumen el quehacer decisorio de la sociedad mercantil.

Ahora bien, la recepción de cualesquiera de las dos tendencias antes explicadas en torno al control sobre la gestión societaria prometería que la inspección, vigilancia y fiscalización de los actos de la Junta Directiva en Venezuela, ya un doble control interno y externo o un Consejo de Vigilancia paralelo, eleve los estándares de exigencia de transparencia, rendición de cuentas y gestión de riesgo en las compañías, es decir, aparejaría evolucionar del solo control interno que recae en manos de los comisarios y de los accionistas, y que en importantes casos podría no resultar suficiente para detectar, prevenir y sancionar potenciales casos de fraude corporativo, a una auditoría efectiva sobre la gestión societaria, enfocada, principalmente, a identificar o anticipar posibles comportamientos financieros indebidos de los administradores y eliminarlos antes de su ocurrencia⁶⁸.

CONCLUSIÓN.

Con arreglo a los razonamientos expuestos, y con base en los tres aspectos fundamentales estudiados, pudo observarse que, pese a que el Código de Comercio es notablemente preexistente al concepto de gobierno corporativo, existen varios puntos de partida desde los cuales aquella noción puede partir en el Derecho Societario venezolano, siendo estos la optimización del status jurídico del accionista, la teoría del stakeholder, y la Junta Directiva misma.

Posterior a la aclaratoria conceptual que se ofreció en un primer punto, se descendió al estudio de las repercusiones del concepto de gobierno corporativo sobre el estatuto legal del socio, concluyéndose que la noción de *corporate governance* reporta para el mismo una optimización o sustancial mejoría, basada en la reafirmación del derecho del accionista a una intervención activa sobre la gestión societaria, y en una reconfiguración del deber de lealtad de los administradores.

Igualmente, se analizó en el tercer punto la dimensión jurídica de la teoría del stakeholder, entendiendo estos como aquellos grupos que, sin ser titulares de acciones en la compañía, gozan sobre las decisiones de la administración societaria una influencia necesaria, por la magnitud o importancia de las contribuciones que aportan a la sociedad mercantil, destacándose, así, tres grupos de interés que, a la luz de nuestro ordenamiento normativo, se encuentran provistos de suficientes procedimientos y mecanismos jurídicos para asegurar su influencia efectiva sobre el gobierno corporativo.

Finalmente, se estudiaron tres aspectos fundamentales basados en el análisis de la efectividad real de la Junta Directiva que entraña para esta el concepto de gobierno

⁶⁸ Castagnino, Diego Thomás. 2019. "Una aproximación al concepto de *Corporate Compliance*". *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 3, n°1: 97-131.

corporativo: en primer lugar, los tipos de directores que la integran, observándose una clasificación según el tipo de función que asume el director o consejero, la cual distingue entre directores ejecutivos y no ejecutivos, y otra tipología en función del grado de vinculación del director o consejero con la compañía, sus accionistas y sus miembros de la Junta, distinguiendo así entre directores internos y directores externos o independientes, observando que el Código de Comercio venezolano permite a las compañías designar libremente a los directores y sus respectivas funciones, comprendiendo las clasificaciones analizadas; en segundo lugar, se estudiaron las tres comisiones fundamentales de la Junta Directiva a la luz de la experiencia comparada: la comisión de nombramientos, retribuciones y auditoría, advirtiendo que la creación de estos comités es posible a la luz de la libertad estatutaria del Código de Comercio, con excepción a las remuneraciones; y, finalmente, se analizó la auditoría sobre la gestión societaria, las tendencias que han adoptado distintos códigos al efecto y la consecuencia que la adopción de cualquiera de las corrientes aparejaría para el Derecho Societario venezolano.

BIBLIOGRAFÍA.

- Adams, Renée, Hermalin, Benjamin E., y Weisbach, Michael S. 2008. *The Role of Board of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework and Survey*. Cambridge: National Bureau of Economic Research.
- Alfonzo Guzmán, Rafael. 1987. *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*. Caracas: Corporación Marca, S.A.
- Alterini, Atilio Aníbal. 1999. *Contratos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ansoff, Igor. 1965. *Corporate Strategy: An Analytic Approach to Business Policy for Growth and Expansion*. New York: McGraw-Hill.
- Ascarelli, Tulio. 1951. *Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas*. México D.F: Imprenta Universitaria.
- Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando. 2017. *Manual de Derecho Mercantil, Volumen I*. Barcelona: Editorial Tecnos.
- Castagnino, Diego Tomás. 2019. “Una aproximación al concepto de *Corporate Compliance*”. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 3, n°1: 97-131.
- Chacón Gómez, Nayibe. 2017. “Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que precios justos”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* 9, n° 1: 143-165.
- Cheffins, Brian R. 2012. *The History of Corporate Governance*. Cambridge: European Corporate Governance Institute.
- Cohen, Jeffrey, Ding, Yuang, Lesage, Cédric y Stolowy, Hervé. 2010. “Corporate Fraud and Managers’ Behavior: Evidence from the Press”. *Journal of Business Ethics* 95, n° 1: 271-290.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2020. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*. Viena: Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

- Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas. 2003. *Informe Aldama*. Madrid: Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- Comisión Nacional del Mercado de Valores. 2020. *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- de Stefano, Lodovica. 2010. *Contrarre con l'impresa: profili soggettivi ed oggettivi*. Milano: Università degli Studi di Milano-Bicocca.
- Farina, Juan. 1999. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Financial Reporting Council. 2018. *UK Corporate Governance Code*. London: The Financial Reporting Council Limited.
- Flores Konja, Julio Vicente y Rozas Flores, Alan Erro. 2008. "El gobierno corporativo: un enfoque moderno". *Revista Quipukamayoc* 15, n° 29: 7-22.
- Freeman, R. Edward y Reed, David L. 1983. "Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance". *California Management Review* 25, n° 3: 88-106.
- Gillan, Stuart L. y Starks, Laura T. 2000. "Corporate governance proposals and shareholder activism: the role of institutional investors". *Journal of Financial Economics* 25, n° 1: 260-281.
- Goldschmidt, Roberto. 1958. «La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en el derecho venezolano». Conferencia pronunciada en la Facultad Internacional de Derecho Comparado de Luxemburgo, 8 de septiembre.
- Goranova, María y Verstegen Ryan, Lori. 2013. "Shareholder Activism: A Multidisciplinary Review". *Journal of Management* 40, n° 1: 1230-1268.
- Gutiérrez Urriaga, María y Sáez Lacave, María Isabel. 2012. "El mito de los consejeros independientes". *Revista InDret* 2, n° 1: 2-44.
- Higgs, Derek. 2003. *Review of the role and effectiveness of non-executive directors*. London: The Stationery Office, Department of Trade and Industry.
- Hung Vaillant, Francisco. 1986. *Sociedades*. Caracas: Alirio Dorantes – Editor.
- Il Comitato per la Corporate Governance. 2020. *Codice di Corporate Governance*. Roma: Borsa Italiana.
- Laguado Giraldo, Darío. 2004. "La responsabilidad de los administradores". *Revista Universitas* 53, n° 108: 225-280.
- Livingstone, Joseph. 1958. *The American Stockholder*. Philadelphia: J.B. Lippincott Company.
- Martín-Martínez, Víctor Manuel. 2015. "Tendencias actuales de gobierno corporativo: Comparativa de los consejos de administración de Alemania, EE.UU., Japón y España". *Revista Universitaria Europea* 24, n° 1: 95-124.
- Mercadal Vidal, Francisco. 2018. *Los acreedores en el gobierno corporativo*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.
- Moreno Prieto, Rafael. 2014. *El gobierno corporativo en Iberoamérica*. Lima: Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores.

- Nicholson, Gavin J. y Geoffrey C. Kiel. 2007. "Can directors impact performance? A case based test of three theories of corporate governance". *Corporate Governance: An International Review* 15, n° 4: 585-608.
- Olcese Santoja, Aldo. *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Olivencia, Manuel. 1999. *El buen gobierno de las sociedades*. Valencia: Fundación ÉTNOR.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico y G20. 2016. *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. París: Éditions OCDE.
- Palma Rogers, Gabriel. 1935. *Derecho Comercial*. Santiago de Chile: Talleres Gráficos Artuffo.
- Pass, Christopher. 2002. *Corporate Governance and The Role of Non-Executive Directors in Large UK Companies: An Empirical Study*. Bradford: Working Paper Series.
- Paz-Ares, Cándido. 2004. "El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor". *Revista InDret* 182, n° 1: 2-38.
- Pineda León, Pedro. 1960. *Principios de Derecho Mercantil*. Barcelona: Industrias Gráficas Seix Barral Hnos.
- Quintero Bencomo, Rodrigo. 2021. "The Role of Independent Non-Executive Directors in Resolving Corporate Governance Disputes: A Framework of Conciliation for Effectively Addressing Controversies Within Shareholders, Stakeholders and the Board of Directors". *Trento Student Law Review* 3, n° 1: 17-58.
- Regierungskommission. 2020. *Deutscher Corporate Governance Kodex*. Berlin: Deutsches Aktieninstitut e.V.
- Ribas Ferrer, Vicenç. 2004. *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Ribeiro Troncoso, María Clara, Rawlins, Oscar, Rivero, Carlos y Miguel, Nabil. 2014. *15 años de Gobierno Corporativo en Iberoamérica. Líneas generales de su nacimiento y evolución*. Lima: Superintendencia de Mercado de Valores.
- The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd. 1992. *The Financial Aspects of Corporate Governance*. London: Gee.
- The Council of Experts Concerning the Corporate Governance Code. 2015. *Japan's Corporate Governance Code. Japanese Stock Exchange*. Tokyo: Financial Services Agency.
- Tyson Commission. 2003. *The Tyson Report on the Recruitment and Development of Non-Executive Directors*. London: Department of Trade and Industry.
- Ustáriz González, Luis Humberto. 2003. "Corporate governance evolución y reto frente al riesgo operativo". *Revista Universitas*, 185, n° 1: 138-177.
- Valbuena Espinosa, Juan Camilo. 2016. "Los consumidores como grupo de interés". *Cultura Científica* 46, n° 14: 46-58.
- Vásquez Palma, María Fernanda. 2015. "¿Hacia dónde va el Derecho Societario?: Un análisis desde el Derecho Comparado y una propuesta preliminar para el Derecho chileno". *Revista Chilena de Derecho* 42, n° 1: 57-91.
- Velayos Lluís, Juan. 2006. "Los principios reguladores del gobierno corporativo en España". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 14, n° 1: 85-96.