



LOS DIRECTORES INDEPENDIENTES EN LAS SOCIEDADES FAMILIARES

***Autores: Daniel Echaiz Moreno y
Sandra Echaiz Moreno***

LOS DIRECTORES INDEPENDIENTES EN LAS SOCIEDADES FAMILIARES

Independent Directors in Family Companies

Daniel Echaiz Moreno¹ y Sandra Echaiz Moreno²

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El Director en la Ley General de Sociedades.
- III. El Director y el Gobierno Corporativo.
- IV. El Director y el Gobierno Corporativo a nivel internacional.
- V. El Director y el Gobierno Corporativo a nivel nacional.
- VI. Los lineamientos para la calificación de los Directores Independientes.
- VII. El estándar de independencia de los directores.
- VIII. La importancia del Director independiente en la empresa familiar. El rol de las nuevas generaciones familiares.

Resumen

Las nuevas generaciones en la empresa familiar tienen la tarea de profesionalizar a ésta, a través de la incorporación de prácticas de Gobierno Corporativo, siendo una de las más relevantes, la inserción de directores independientes dentro de la organización societaria de la empresa familiar, que aporten su conocimiento, *expertise* y prestigio al negocio familiar, con independencia. Sin embargo, la inclusión de directores independientes en estas organizaciones ha tenido problemas en cuanto a la determinación precisamente de la independencia pues se suelen confundir los intereses familiares con los intereses empresariales, y la aceptación por parte de los miembros familiares tradicionales. En ese sentido, en el año 2019 se publicó oficialmente en el Perú el documento titulado "Lineamientos para la calificación de directores independientes", aplicable sólo para las sociedades que cotizan en el mercado de valores pero que sienta criterios importantes para establecer el estándar de independencia dentro de la organización familiar y que puede ser aplicado por las empresas familiares en general. Por ello, en este artículo analizaremos el rol del director independiente en las sociedades familiares y por qué se hace necesaria su incorporación a la administración de ésta, en procura de profesionalizarla en el marco del adecuado gobierno corporativo.

Palabras clave

Director/ director independiente/ empresa familiar/ profesionalización/ *management*.

¹ Director de Family Business Consulting (Lima, Perú) e investigador académico del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (Buenos Aires, Argentina). Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. daniel@echaiz.com

² Directora de Family Business Consulting (Lima, Perú) e investigadora académica del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (Buenos Aires, Argentina). Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). sandra@echaiz.com

Abstract

The new generations in the family business have the task of professionalizing it, through the incorporation of Corporate Governance practices, one of the most relevant being the insertion of independent directors within the corporate organization of the family business, who contribute their knowledge, expertise and prestige to the family business, independently. However, the inclusion of independent directors in these organizations has had problems in terms of precisely determining independence, since family interests are often confused with business interests, and acceptance by traditional family members. In this sense, in 2019 the document entitled "Guidelines for the qualification of independent directors" was officially published in Peru, applicable only to companies that are listed on the stock market but that establishes important criteria to establish the independence standard. within the family organization and that can be applied by family businesses in general. For this reason, in this article we will analyze the role of the independent director in the family business and why it is necessary to incorporate it into its administration, in an effort to professionalize it within the framework of proper corporate governance.

Key words

Director/ independent director/ family business/ professionalization/ management.

I. INTRODUCCIÓN

Las empresas familiares representan la mayor parte del empresariado peruano y aportan en forma significativa a la mano de obra y el PBI del país; sin embargo, presentan una problemática en su interior que no les permite trascender en el tiempo y continuar en manos de la familia empresaria: la inadecuada organización interna de la empresa³, caracterizada por a) la confusión de roles y funciones dentro de la familia, b) la informalidad en la constitución del negocio, c) los órganos que existen "en el papel" pero no en la práctica, d) no contar con órganos familiares y e) adolecer de una falta de gobierno corporativo y profesionalización de los órganos familiares.

A modo de solución para este problema, las prácticas de gobierno corporativo proponen la inserción de directores independientes dentro de la organización societaria de la empresa familiar, que aporten su conocimiento, *expertise* y prestigio al negocio familiar, con independencia, a fin de cumplir con lo estipulado en el primer párrafo del artículo 171 de la Ley General de Sociedades: "los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal", parámetros que nos traen la reminiscencia del *buen padre de familia* (en el Derecho de Familia)⁴ y el *consumidor razonable* (en el Derecho de Protección del Consumidor)⁵. Volviendo a nuestra vigente legislación societaria apreciamos que al director de la sociedad anónima se le requiere ser *ordenado* y *leal*, acaso cuando el actual estándar internacional le exige ser *independiente* y es así que en la literatura extranjera especializada se desarrolla el tema del director independiente como la redefinición del rol del director en la empresa moderna⁶; por lo que en el presente artículo expondremos

³ Sandra Echaiz, *Derecho y Empresas Familiares* (Lima: Thomson Reuters, 2014), 69.

⁴ Gema Tomás, "La sustitución del "buen padre de familia" por el estándar de la "persona razonable": reforma en Francia y valoración de su alcance", *Revista de Derecho Civil*, II, n° 1 (2015): 57-103.

⁵ Julio Durand, "El consumidor razonable o diligente, el mito que puede crear un cisma entre los peruanos", *Revista Derecho y Sociedad*, n° 31 (2017): 327 - 335.

⁶ Luis Figueroa, "Gobiernos corporativos y directores independientes", Comisión del Mercado Financiero de Chile, https://www.svs.cl/portal/principal/605/articulos-13944_GobCorp_Directores.pdf

el estado de la cuestión a niveles nacional e internacional en procura de aportar al enriquecimiento del Derecho Societario en el Perú, en pro de la empresa familiar.

II. EL DIRECTOR EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

El marco normativo del directorio como órgano de la sociedad se encuentra regulado entre los artículos 152 y 184 de la Ley General de Sociedades. Esta ley define al directorio como el órgano colegiado elegido por la Junta General de Accionistas que desempeña funciones de gestión y representación de la sociedad. El artículo 171 prescribe que quienes integren este órgano lo hagan con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Esto implica el cumplimiento de deberes generales como, por ejemplo, el de proporcionar información fidedigna a los accionistas y al público (artículo 175). Sobre los directores recae una responsabilidad funcional general (artículo 177), sin perjuicio de los supuestos específicos de responsabilidad contemplados en la Ley General de Sociedades y en otras normas, como el Texto Único Ordenado del Código Tributario.

Si bien no hay una exigencia sobre la independencia del director, sí hay supuestos de conflicto de interés que impiden la asunción del cargo de director; se establece que no pueden ser directores los que tengan pleito pendiente con la sociedad (artículo 161 inciso 5) y los que tuvieran en forma permanente intereses opuestos a los de la sociedad (artículo 161 inciso 6), así como también se estipula que los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses (artículo 180). Sin embargo, es importante entender que el conflicto de interés es una de las maneras de atentar contra la independencia, pero no la única. Otro intento de cautelar la independencia del director se encuentra en el artículo 173 de la Ley General de Sociedades: "Los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes y su actuación no puede limitarse a defender los intereses de quienes los eligieron", siendo la intención del legislador establecer "que quien es elegido director no responde a sus electores"⁷. Más recientemente, un nuevo Anteproyecto de Ley General de Sociedades⁸ es más amplio en su alcance al estipular que "la actuación del director no debe estar destinada a promover o defender los intereses de los accionistas que los eligieron o de las personas vinculadas a éstos o al propio director" (artículo 148.4) aunque tampoco regula la figura del director independiente.

III. EL DIRECTOR Y EL GOBIERNO CORPORATIVO

La empresa es concebida actualmente como una organización económica en la que confluyen elementos heterogéneos como el capital, los trabajadores, la infraestructura, la maquinaria, las marcas, entre otros, que interactúan de forma ordenada; de tal modo que la organización se guíe por un criterio económico, buscando maximizar beneficios y minimizar costos. El empresario asume un rol de director de orquesta, pues organizará los elementos durante toda la existencia de la empresa; es decir, mientras nace (cuando se constituye), crece (cuando por ejemplo aumenta su capital), se desarrolla (verbigracia, cuando se internacionaliza) y muere (cuando se liquida y extingue).

⁷ Enrique Normand, "Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades", en *Manual Societario. Doctrina, Legislación & Jurisprudencia*, Echaiz, Daniel et al. (Lima: Instituto Pacífico, 2018), 888.

⁸ Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, de fecha 4 de abril del 2018, elaborado por el Grupo de Trabajo conformado por Resolución Ministerial N° 0108-2017-JUS.

La sociedad anónima, la forma de organización empresarial más común en nuestro país, tiene paralelismos sorprendentes con el Estado. Por mencionar algunas similitudes, así como al Estado lo conforman los ciudadanos, a la sociedad la conforman los socios; así como no todos los ciudadanos pueden participar en la toma diaria de decisiones y se eligen a representantes como los congresistas, los socios eligen a representantes que son los directores; los propios congresistas eligen a su presidente y lo mismo ocurre con los directores, quienes también eligen a su presidente. En síntesis, la sociedad ha tomado prestado sus principales conceptos de organización política del Estado; para muestra un botón: el voto. En esa misma línea, la sociedad anónima también requiere de un gobierno que, en el contexto dado, se denomina gobierno corporativo (o, a la usanza anglosajona, *corporate governance*)⁹ y, nuevamente, se toman otros dos conceptos prestados de la Teoría del Estado: la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos.

El gobierno corporativo postula que lo recomendable es la separación de poderes dentro de la organización corporativa de la sociedad anónima, de modo que no se confunda la propiedad (a cargo de la Junta General de Accionistas), la administración (a cargo del Directorio) y la gestión (a cargo de la Gerencia), evitando la concentración de poder, cuya máxima expresión se daría cuando una persona sea, a la vez, socio mayoritario, presidente del Directorio y gerente general. El Directorio alcanza una importancia inigualable como órgano societario, superando incluso el poder de la Junta General de Accionistas, bien sea porque, en la realidad, suele tener mayor presencia que esta última o bien porque los actos de disposición son encauzados, por regla general, a través del Directorio y, sólo excepcionalmente, a través de la Junta General de Accionistas¹⁰.

Para sopesar el creciente poder del Directorio, en la Ley General de Sociedades existen más de 20 supuestos de responsabilidad legal que enfrentarían los directores¹¹ de no actuar respetando los lineamientos de su cargo. Además, el artículo 177 de la misma ley les imputa responsabilidad por acuerdos o actos ilegales, anti-estatutarios, dolosos, abusivos y negligentes, respectivamente, siendo dicha imputación de máximo alcance (ilimitada y solidaria), legitimándose no sólo a la sociedad (vía pretensión social de responsabilidad), sino también a los accionistas y los terceros (vía pretensión individual de responsabilidad) a iniciar acciones contra los directores; asimismo, el mencionado artículo señala que los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas deben ser ejecutados, sin mayor posibilidad de cuestionamiento, aunque esta situación debe concordarse con la salvaguarda del interés social; por último, el artículo 177 indica que el director, al ser un representante leal, tiene un deber de no guardar silencio ante situaciones irregulares, sino por el contrario debe defender los intereses de la sociedad.

Téngase en cuenta que, según el Manual IFC de Gobierno Corporativo de Empresas Familiares¹², el Directorio asume funciones trascendentales dentro de la organización familiar, como son: fijar la estrategia general de la compañía, supervisar el desempeño de la Alta Gerencia y asegurarse que se encuentre implementada una adecuada estructura de gobierno corporativo. En forma específica, menciona que el director independiente dentro de la empresa familiar es una decisión sabia para empresas

⁹ Juan José Martínez, "El Directorio: clave del buen gobierno corporativo". *Revista Invertir. La Revista del Mercado de Capitales*, 4 (2004), 95-114.

¹⁰ Daniel Echaiz, "Capítulo X: El administrador que no solo administra. Las facultades de administración del Directorio" en *Derecho Societario. Un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios* (Lima: Grupo Empresarial Gaceta Jurídica, 2009), 135-153.

¹¹ Daniel Echaiz, "Capítulo XI: La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas", en *Derecho Societario. Un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios* (Lima: Grupo Empresarial Gaceta Jurídica, 2006), 269-277.

¹² Corporación Financiera Internacional. *Manual IFC de Gobierno Corporativo de Empresas Familiares*. Washington (2018), cuarta edición, 40.

familiares de cierto tamaño y complejidad crítica. Sin embargo, Alfonso Chiner¹³ recoge las principales dificultades que afrontan los Consejos de Administración en las empresas familiares: a) ausencia de separación clara entre las tareas y responsabilidades de propiedad, gobierno y dirección, b) falta de claridad en la definición de los intereses de los propietarios y c) alta incomodidad del perfil propietario-fundador como líder en el Consejo de Administración que se pone en marcha, razón por la cual resulta importante la instauración del gobierno corporativo dentro de las empresas familiares.

Por lo demás, la implementación del gobierno corporativo supone, en aplicación de la teoría de agencia, que existan costos de transacción por el control que los accionistas deben ejercer sobre los administradores (como los directores y los gerentes)¹⁴, por lo que se hace necesario establecer mecanismos eficientes que reduzcan la necesidad de ese control, siendo uno de ellos el incorporar directores independientes en las sociedades.

IV. EL DIRECTOR Y EL GOBIERNO CORPORATIVO A NIVEL INTERNACIONAL

Diversas organizaciones internacionales han señalado los caracteres y el proceder que debería tener un director independiente; llegando a formular que "los miembros del Consejo de Administración, los altos directivos y, en algunos países, los accionistas mayoritarios tienen la obligación de informar a aquél cuando tengan alguna relación empresarial, familiar o especial de otro tipo al margen de la sociedad que pueda influir en su juicio respecto a determinada operación o asunto que afecte a la empresa"¹⁵; indicando que "para ser verdaderamente independiente es necesario tener un amplio campo de actividad profesional y en el plano económico no depender exclusivamente de la pertenencia a un determinado Directorio ya que una verdadera independencia económica refuerza sustancialmente la independencia de criterio"¹⁶, para luego explicar en las correspondientes que "la nominación de todos los miembros del Directorio debería realizarse mediante un proceso transparente, y debería quedar claro que su obligación es la de actuar en interés de la empresa en su conjunto [por lo que] no deberían actuar como representantes individuales de las clientelas que los nombraron"¹⁷.

La Corporación Andina de Fomento (CAF) advierte de cuatro características que debe tener un director para ser considerado independiente: 1) no asumir la dirección de otra entidad cuyos directores no son independientes; 2) tener un perfil personal y profesional que genere un buen juicio en los accionistas; 3) no haber tenido recientemente una relación laboral con personas cercanas a la sociedad y con intereses accionariales y 4) no tener relación de parentesco próximo con los directores ejecutivos, directores no independientes o la Alta Gerencia de la compañía.¹⁸

Finalmente, los Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo de la CAF contemplan una declaración de independencia de los directores (Medida N° 26) que va en dos sentidos: por un lado, "una obligación activa del candidato de declarar pública y explícitamente que se siente y objetivamente es independiente, tanto frente

¹³ Alfonso Chiner. "Empresa familiar y gobierno corporativo". *Revista de Contabilidad y Dirección* (2017): 120.

¹⁴ Gabriel Eduardo Messina, "Costos de transacción, teoría de agencia y gobierno corporativo", en XII Congreso Argentino de Derecho Societario. VIII Congreso Iberoamericano de derecho Societario y de la Empresa. (Buenos Aires, 2013), 103-117.

¹⁵ OCDE, Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, (París: Ediciones OCDE, 2016), 26-27, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>

¹⁶ OCDE, Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, (París: Ediciones OCDE, 2011), 21, (Capítulo VI: Las responsabilidades de los Directorios de Empresas Públicas, acápite c).

¹⁷ OCDE, Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, (París: Ediciones OCDE, 2011), 59, (Notas al Capítulo VI: Las responsabilidades de los Directorios de Empresas Públicas).

¹⁸ Corporación Andina de Fomento (CAF). Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo. Caracas, Vicepresidencia de Estrategias de Desarrollo y Políticas Públicas de CAF, (2010): 54-55.

a la propia sociedad como frente a sus accionistas y directivos, con deber expreso de indicar cualquier factor o hecho que a ojos de un tercero pueda poner en entredicho dicha independencia" (acápito i), lo que materializa su deber de revelación como un comportamiento demostrativo de buena fe¹⁹; y, por otro lado, "el propio Directorio debe declarar que considera al candidato como independiente en base a su propia declaración y a las averiguaciones adicionales que el Consejo [de Administración] pueda haber realizado" (acápito ii) que, en aplicación de la doctrina de los actos propios²⁰, imposibilitaría -en principio- que el Directorio se exima de responsabilidad por no haber alertado oportunamente a la Junta General de Accionistas de la falta de independencia del candidato a director.

V. EL DIRECTOR Y EL GOBIERNO CORPORATIVO A NIVEL NACIONAL

En el Perú, a inicios del nuevo milenio, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) emprendió la regulación del gobierno corporativo con la dación de los Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas²¹, dedicándole el Capítulo V a las Responsabilidades del Directorio, donde indicó que los miembros del Directorio deben desempeñar su labor velando siempre por los mejores intereses de la empresa y de sus accionistas (acápito A), el Directorio debe tener en cuenta en todo momento los intereses de los grupos de interés (acápito C) y el Directorio debe ser capaz de ejercer, con independencia de la administración, un juicio objetivo sobre asuntos corporativos (acápito E); no obstante, esta regulación no asentó la independencia del director al plantearle satisfacer los intereses de los accionistas y demás grupos de interés. Posteriormente, la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), recogiendo la experiencia peruana en materia de gobierno corporativo, difundió el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas²², siendo que el Pilar III se destina al Directorio y la Alta Gerencia, cuyo Principio 19 es el que expresamente regula a los directores independientes, definiéndolos como "aquellos seleccionados por su trayectoria profesional, honorabilidad, suficiencia e independencia económica y desvinculación con la sociedad, sus accionistas o directivos" (primer párrafo *in fine*), dictando que "al menos un tercio del Directorio esté constituido por directores independientes" (primer párrafo *ab initio*) y estableciendo una doble declaración de independencia: del candidato a director y del Directorio respecto al candidato (segundo párrafo).

A efectos que los emisores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores (RPMV) revelen al mercado en qué medida han adoptado las prácticas de gobierno corporativo, en el año 2014 se normó el Reporte sobre el Cumplimiento del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas (Resolución SMV N° 012-2014-SMV/01) y en el desarrollo del anteriormente referido Principio 19 (Directores independientes) se contemplan tres preguntas: ¿Al menos un tercio del Directorio se encuentra constituido por directores independientes? (Pregunta III.7), ¿El Directorio declara que el candidato que propone es independiente sobre la base de las indagaciones que realice y de la declaración del candidato? (Pregunta III.8.a) y ¿Los candidatos a directores independientes declaran su condición de independiente ante la sociedad, sus accionistas y directivos? (Pregunta III.8.b). Posteriormente se ha agregado una cuarta pregunta (Resolución SMV N° 016-2019-SMV/01): Indique si al menos una vez al año el Directorio verifica que los directores independientes

¹⁹ Como ocurre con los árbitros. Felipe Osterling y Gustavo Miró, Conflicto de intereses: el deber de declaración y revelación de los árbitros (Lima: Portal de Osterling Abogados, 2013), <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/El%20Deber%20de%20Declaraci%C3%B3n%20de%20C3%81rbitros.pdf>

²⁰ Cfr. Castillo Freyre, Mario y Sabroso Minaya, Rita. La teoría de los actos propios: doctrinas y jurisprudencia. Lima, Instituto Pacífico, 2017.

²¹ CONASEV, Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas, (Lima: CONASEV, 2002), 19-20.

²² SMV, Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades peruanas, (Lima: SMV, 2013), 12-13.

mantengan el cumplimiento de los requisitos y condiciones para poder ser calificados como tal.

Así, en la más reciente edición de la Información Consolidada del Reporte sobre el Cumplimiento del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas 2018, publicada por la Superintendencia del Mercado de Valores²³ (respecto a 209 empresas evaluadas), se aprecia que ante la pregunta ¿Al menos un tercio del Directorio se encuentra constituido por directores independientes? el 43.1% indicó sí y el 56.9% indicó no, siendo que el mayor cumplimiento se aprecia en las nueve empresas del S&P/BVL IBGC (77.8%), seguidas de las 30 empresas del S&P/BVL Perú General (56.7%) y de las 179 empresas restantes (40.8%); ante la pregunta ¿El Directorio declara que el candidato que propone es independiente sobre la base de las indagaciones que realice y de la declaración del candidato? el 51.2% indicó sí y el 48.8% indicó no, siendo que el mayor cumplimiento se aprecia en las nueve empresas del S&P/BVL IBGC (88.9%), seguidas de las 30 empresas del S&P/BVL Perú General (66.7%) y de las 179 empresas restantes (48.6%); y ante la pregunta ¿Los candidatos a directores independientes declaran su condición de independiente ante la sociedad, sus accionistas y directivos? el 56% indicó sí y el 44% indicó no, siendo que el mayor cumplimiento se aprecia en las nueve empresas del S&P/BVL IBGC (100%), seguidas de las 30 empresas del S&P/BVL Perú General (76.7%) y de las 179 empresas restantes (52.5%).

En cuanto a la conformación del Directorio (Principio 15) el 26% del Directorio está constituido por independientes, siendo que el mayor cumplimiento se aprecia en las nueve empresas del S&P/BVL IBGC (32%), seguidas de las 30 empresas del S&P/BVL Perú General (29%) y de las 179 empresas restantes (24%), empero en ningún caso se cumple lo dispuesto en el Principio 19 en torno a que “al menos un tercio del Directorio esté constituido por directores independientes” (primer párrafo *ab initio*). Para calificar a sus directores como independientes (Principio 19) la condición más preferida por las sociedades es “no ser empleado de un accionista con una participación igual o mayor al 5% en la sociedad” (128 de 209), mientras que la condición menos preferida por las sociedades es “no tener más de ocho años continuos como director independiente de la sociedad” (48 de 209). Sólo a modo de ejemplo de algunas empresas familiares peruanas con directores independientes, tenemos a Casa Roselló²⁴ (que supera los 150 años desde su fundación y en cuyo Directorio combina miembros familiares y directores independientes) y Camposol²⁵ (de la familia Dyer).

VI. LOS LINEAMIENTOS PARA LA CALIFICACIÓN DE DIRECTORES INDEPENDIENTES

El tema materia de análisis llega a su mayor consagración normativa a mediados del año 2019 cuando se aprueban los Lineamientos para la Calificación de Directores Independientes (Resolución SMV N° 016-2019-SMV/01) que son de aplicación obligatoria a partir del 1 de enero del 2020 para las sociedades emisoras con algún valor inscrito en el Registro Público del Mercado de Valores, de modo que, aunque esta norma constituye un interesante aporte, no resulta de aplicación a las sociedades en general, manteniéndose pendiente de regulación la institución de los directores independientes pero mientras ello suceda podrá servir de referencia, incluso para incorporarse en los estatutos sociales y/o en los códigos de gobierno corporativo de las sociedades.

²³ SMV, Información Consolidada del Reporte sobre el Cumplimiento del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, (Lima: SMV, 2019), 26-46.

²⁴ Javier Martinelli, “El camino de las empresas familiares durante la pandemia”, (11 de septiembre de 2020), <https://www.americaeconomia.com/analisis-opinion/el-camino-de-las-empresas-familiares-durante-la-pandemia>

²⁵ Directorio de Camposol, <http://www.camposol.com.pe/en/board-of-directors/>

Dichos Lineamientos establecen cuatro condiciones mínimas que debería cumplir un director independiente: a) contar con experiencia profesional y solvencia moral y económica (acápito 1), b) estar desvinculado de la sociedad, sus accionistas y directivos (acápito 2), c) no participar simultáneamente como director independiente en más de cinco sociedades que tengan al menos un valor inscrito en el Registro Público del Mercado de Valores (acápito 3) y d) no tener más de 10 años continuos o alternados durante los últimos 15 años como director independiente de la sociedad o de alguna empresa de su grupo económico (acápito 4).

Respecto a contar con experiencia profesional y solvencia moral y económica (acápito 1) se establecen algunos parámetros mínimos a efectos de darle contenido. Así, contar con experiencia profesional según los requisitos fijados por la sociedad, que deberá evidenciarse en su hoja de vida (acápito 1.1). Por su parte, contar con solvencia moral significa presentar una trayectoria de cumplimiento de principios éticos y buenas prácticas comerciales y corporativas (acápito 1.2), como no haber recibido una sanción por parte de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) o la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) que se encuentre firme en sede administrativa, no tener sentencia firme impuesta por una autoridad judicial nacional o extranjera por la comisión de delito doloso o no encontrarse comprendido en la Lista OFAC que incluye países, personas y/o entidades que colaboran con el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. La solvencia económica supone no registrar deudas vencidas por más de 120 días calendario o en cobranza judicial mayores a dos Unidades Impositivas Tributarias (UIT), no encontrarse con más del 50% de sus deudas con categoría de clasificación dudosa, pérdida u otra equivalente en alguna empresa del sistema financiero o en alguna central de riesgo nacional o extranjera, y no tener más del 50% de su patrimonio afectado por medidas cautelares derivadas de procesos judiciales o procedimientos administrativos (acápito 1.3).

En cuanto a estar desvinculado de la sociedad, sus accionistas y directivos (acápito 2) exige copulativamente: no ser accionista en más del 1% del capital social, no tener la capacidad de ejercer el derecho de voto en 1%, ni contar con acuerdos que le permitan ejercer el derecho a adquirir acciones de la sociedad en 1% (acápito 2.1), no ser director, miembro de la Alta Gerencia o empleado de la sociedad o de una empresa de su mismo grupo económico o en alguna empresa que sea accionista de la sociedad con participación igual o mayor al 5% de su capital social (acápito 2.2), no haber sido director, miembro de la Alta Gerencia, empleado de la sociedad, de una empresa de su mismo grupo económico o en alguna empresa accionista de la sociedad con participación igual o mayor al 5% de su capital social (acápito 2.3), no tener o haber tenido en los últimos tres años una relación de negocio comercial o contractual, directa o indirecta, y de carácter significativo con la sociedad o cualquier otra empresa de su mismo grupo económico (acápito 2.4), no ser cónyuge, ni mantener una unión de hecho o mantener una relación análoga de afectividad, ni tener relación de parentesco por consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado con accionistas con participación igual o superior al 5% de su capital social, miembros del Directorio o de la Alta Gerencia de la sociedad (acápito 2.5), no ser director o miembro de la Alta Gerencia de otra empresa en la que algún director o miembro de la Alta Gerencia de la sociedad sea parte del Directorio (acápito 2.6) y no ser o haber sido durante los últimos tres años socio o empleado de la sociedad que presta servicios de auditoría externa a la sociedad o a cualquier otra sociedad de su grupo económico (acápito 2.7).

Respecto a no participar simultáneamente como director independiente en más de cinco sociedades que tengan al menos un valor inscrito en el Registro Público del Mercado de Valores (acápito 3) se exceptúa el caso en que todas las aludidas sociedades pertenezcan a un mismo grupo económico. Y en lo referido a no tener más de 10 años continuos o alternados durante los últimos 15 años como director

independiente de la sociedad o de alguna empresa de su grupo económico (acápites 4) se han considerado dichos plazos como razonables.

VII. EL ESTÁNDAR DE INDEPENDENCIA DE LOS DIRECTORES

El papel de un director en una empresa es actuar como enlace entre los accionistas y la gerencia, asegurando que los intereses de los accionistas sean atendidos adecuadamente²⁶; pero, sobre todo, debe favorecer al interés social, buscando mayores ventajas para la sociedad y sin desviarse por motivaciones extrasociales.²⁷ La teoría del costo de la agencia intenta explicar el mercado de control corporativo, en el que los accionistas insatisfechos venden sus acciones a un precio bajo por culpa de una administración deficiente, lo que permite que otros inversionistas externos adquieran la empresa, reemplace a los gerentes ineficientes y cree valor²⁸. Sin embargo, la práctica empresarial, especialmente de Estados Unidos, demuestra que lo anterior no es tan cierto pues políticas estatales de desregulación (por ejemplo: en los Estados de Delaware y New York) y medidas de blindaje ante las ofertas hostiles (como paracaídas dorados o píldoras venenosas²⁹) entorpecieron el espontáneo funcionamiento del mencionado mercado de control empresarial. No obstante, una solución tentativa se relaciona con los costos de agencia que incluyen costos directos, costos de monitoreo y costos de garantía, los cuales bien podrían evitarse o minimizarse con un adecuado sistema de gobierno corporativo que fiscalice la labor del Directorio³⁰ requiriéndose un marco integrado de control interno³¹.

Más allá de las previsiones legales (que, en materia de gobierno corporativo y atendiendo a su origen precisamente anglosajón, son accesorias) lo más importante es el compromiso asumido por los propios protagonistas, tales como los directores, evitándose lo que Albert Forsyth Solari y César Arbe Saldaña advierten como uno de los errores habituales de las empresas: "lo que es muy común es que no tengan un Directorio totalmente independiente y que [los directores] terminen representando los intereses de uno o varios accionistas"³². En similar sentido, aunque refiriéndose específicamente a las pequeñas y medianas empresas (PYMES), Jorge Echeandía Cevallos opina: "Las PYMES, en la medida que van creciendo, deberán preocuparse por buscar independencia entre los accionistas (o socios) y sus Gerencias. De esta manera, las decisiones no se tomarán con pasión, sino con profesionalismo, y la empresa

²⁶ Alejandro Indacochea, "Prácticas de buen gobierno corporativo" IV, *Revista Empresa Privada*, n° 40 (2002), 40.

²⁷ Isaac Halperin, "Sociedades de Responsabilidad Limitada". Buenos Aires, Ediciones Depalma, (1975), 187.

²⁸ Juan Fernández-Armesto, "Las OPAs y el mercado de control empresarial: un balance de 10 años de experiencia", Madrid: *Revista de Derecho Mercantil*, n° 227 (1998), quien es parafraseado por Vargas Apolinario, Andrés, "El buen gobierno corporativo en el contexto de la crisis de los mercados y la necesidad de contar con directores independientes" XII. Lima: *Revista Cathedra Lex*. Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, n° 14 (2009), 47.

²⁹ Los paracaídas dorados (*golden parachutes*) son la compensación económica del director ante una adquisición o su permanencia de éste en el cargo, mientras que las píldoras venenosas (*poison pill*) son las *stock options* para vender sobre la par y los bonos convertibles en acciones, entre otros. Cfr. Prat Rodrigo, Margarita. El uso ilegal de la información privilegiada en las ofertas públicas de adquisición de acciones (Estados Unidos 1933-1988). Madrid, Ediciones Deusto, p. 25; y Mascareñas Pérez-Iñigo, Juan. *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*. Madrid, Editorial McGraw-Hill, 1993, 93.

³⁰ Para las referencias al problema de los costos de agencia seguimos a: Juan José Martínez-Ortiz, "El gobierno corporativo en el Perú: contribución para enfocar el concepto" 4, Lima: *Revista de Economía y Derecho*, n° 14 (2007), 42-43.

³¹ José López, "Implantación de un marco integrado de control interno que mejore el gobierno corporativo de las empresas... Una dura tarea", Lima: *Revista Derecho, Banca & Sociedad*, n° 5 (2006), 26-27; y Jorge Armando Paredes Atencio, *Los beneficios del buen gobierno corporativo y la ventaja competitiva en la aplicación del cuadro integral de mando*, Tesis para optar el grado académico de Máster en Administración de Negocios, Universidad de Lima, Lima, 2007.

³² Entrevista a: Forsyth Solari, Albert y Arbe Saldaña, César. "Implementemos un buen gobierno corporativo". En: *Revista Perú Top Lawyer*. Lima, MBA Group, 2010, Año 1, N° 1, 50.

no correrá altos riesgos innecesarios"³³, siendo que la alusión a la Gerencia será extensiva al Directorio. Igualmente, en el Código Marco de Buen Gobierno Corporativo para las PYME, de Colombia, se estatuye: "Los miembros de Junta Directiva y el ejecutivo principal son los administradores sociales, quienes obrarán de buena fe, con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados"³⁴. He aquí el deber fiduciario que anteriormente hemos referido y que debe guiar la actuación del director en el ejercicio de su cargo.

Finalmente, apreciamos que es cada vez mayor la atención de la legislación extranjera al tema del director independiente. Así, en Colombia, la Ley del Mercado de Valores – Ley N° 964 de fecha 8 de julio del 2005 define la independencia de los directores. Por su parte, en México, la Ley del Mercado de Valores publicada el 30 de diciembre del 2005 regula la calificación de los consejeros independientes. De igual modo, en Chile encontramos que la Ley N° 20382 publicada el 20 de octubre del 2009 introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas, modificando la definición de independencia de los directores.

En Panamá, la Superintendencia de Bancos dictó el Acuerdo N° 005-2011 de fecha 20 de septiembre del 2011 por el cual actualiza las disposiciones sobre gobierno corporativo. Asimismo, en Honduras, el Reglamento de Gobierno Corporativo para las Instituciones Supervisadas, publicado el 4 de agosto del 2016, actualiza la regulación relacionada con las responsabilidades del director independiente y establece impedimentos para actuar como tal. Y, en Argentina, la Resolución General N° RESGC-2018-730-APN-DIR#CNV de la Comisión Nacional de Valores, de fecha 12 de abril del 2018, regula los criterios de independencia de los directores de las sociedades cotizadas y, en materia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, hace lo propio la Resolución N° 2018-1119-APN-SSN#MHA de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de fecha 3 de diciembre del 2018.

VIII. LA IMPORTANCIA DEL DIRECTOR INDEPENDIENTE EN LA EMPRESA FAMILIAR. EL ROL DE LAS NUEVAS GENERACIONES FAMILIARES

Habiendo establecido los criterios y el estándar que determinan la independencia de un director, resaltaremos las ventajas de incorporar a éste dentro de las empresas familiares. Si encontramos una duplicidad de integrantes dentro de la Junta de Accionistas y el Directorio, es muy difícil que se pueda ejercer un rol real de control y supervisión sobre las decisiones tomadas por los accionistas en la sociedad. De igual manera, si necesitamos definir una estrategia o decidir sobre decisiones empresariales relevantes (como es optar entre el reparto y la reinversión de utilidades) y tenemos duplicidad de integrantes en la Junta de Accionistas y el Directorio resultará difícil que éste adopte las mejores decisiones para la empresa, acaso influenciado por razones de índole personal. En ese sentido, resulta necesario que los Directorios de las empresas familiares incluyan -no necesariamente en su totalidad- directores independientes, al aportar esa cuota de objetividad en la definición de las estrategias empresariales y en la supervisión a realizar en el negocio. Ahora bien, es momento también que el parámetro de comportamiento exigido al director de una sociedad anónima ya no sea el de *ordenado comerciante y representante leal* para sustituirlo por el actual estándar internacional que le exige ser *independiente*.

Sin embargo, debemos ser conscientes que la inserción de directores independientes, así como de cualquier miembro no familiar dentro de una empresa familiar no es una

³³ Jorge Echeandía Cevallos. "¿Gobierno corporativo en las PYMES?". Lima: Revista JUS Doctrina & Práctica, Editora Jurídica Grijley, n° 6 (2007), 467.

³⁴ Colombia. Código Marco de Buen Gobierno Corporativo para las PYME, en Foro de Derecho Mercantil, Editorial Legis, n° 2 (Bogotá: 2004), 179.

tarea fácil pues presentará trabas y dificultades en el ejercicio de sus funciones. Es ahí cuando entrará a tallar el rol de las nuevas generaciones, quienes asumirán un papel fundamental en la profesionalización de la empresa familiar, y en la sensibilización de la familia empresaria de primera generación, para explicarle que la incorporación de prácticas de gobierno corporativo resulta útil y eficiente.

BIBLIOGRAFÍA

- Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, de fecha 4 de abril del 2018, elaborado por el Grupo de Trabajo conformado por Resolución Ministerial N° 0108-2017-JUS.
- Chiner, Alfonso. "Empresa familiar y gobierno corporativo". Revista de Contabilidad y Dirección (2017): 120.
- Código Marco de Buen Gobierno Corporativo para las PYME. 2004. En Foro de Derecho Mercantil, Editorial Legis, n° 2 (Bogotá: 2004), 179
- CONASEV. 2002. Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas. Lima, 19 y 20.
- Corporación Andina de Fomento (CAF). 2010. Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo. Caracas, Vicepresidencia de Estrategias de Desarrollo y Políticas Públicas de CAF, 2010, 54 y 55.
- Corporación Financiera Internacional. 2018. Manual IFC de Gobierno Corporativo de Empresas Familiares. Washington, cuarta edición, 40.
- Directorio de Camposol. En: <http://www.camposol.com.pe/en/board-of-directors/>
- Durand, Julio. "El consumidor razonable o diligente, el mito que puede crear un cisma entre los peruanos". Revista Derecho y Sociedad, n° 31 (2017): 327 - 335.
- Echaiz, Daniel. "Capítulo X: El administrador que no solo administra. Las facultades de administración del Directorio". En Derecho Societario. Un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios Lima: Grupo Empresarial Gaceta Jurídica, 2009.
- Echaiz, Daniel. "Capítulo XI: La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas". En Derecho Societario. Un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios. Lima: Grupo Empresarial Gaceta Jurídica, 2006.
- Echaiz, Sandra. Derecho y Empresas Familiares. Lima: Thomson Reuters, 2014.
- Echeandía Cevallos, Jorge. "¿Gobierno corporativo en las PYMES?". Lima: Revista JUS Doctrina & Práctica, Editora Jurídica Grijley, n° 6 (2007), 467
- "El Directorio: clave del buen gobierno corporativo". En Revista Invertir, la Revista del Mercado de Capitales, Año 1 (2004), N° 4.
- "Entrevista a Forsyth Solari, Albert y Arbe Saldaña, César. Implementemos un buen gobierno corporativo". En: Revista Perú Top Lawyer, Año 1, N° 1 (2010), p. 50.

- Fernández-Armesto, Juan. "Las OPAs y el mercado de control empresarial: un balance de 10 años de experiencia", *Madrid: Revista de Derecho Mercantil*, n° 227 (1998), quien es parafraseado por Vargas Apolinario, Andrés, "El buen gobierno corporativo en el contexto de la crisis de los mercados y la necesidad de contar con directores independientes" XII. *Lima: Revista Cathedra Lex. Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, n° 14 (2009), 47.
- Figueroa, Luis. "Gobiernos corporativos y directores independientes". Comisión del Mercado Financiero de Chile. https://www.svs.cl/portal/principal/605/articles-13944_GobCorp_Directores.pdf.
- Halperín, Isaac. 1975. *Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, p. 187.
- Indacochea, Alejandro. "Prácticas de buen gobierno corporativo" IV. *Revista Empresa Privada*, n° 40 (2002), 40.
- López, José. 2006. "Implantación de un marco integrado de control interno que mejore el gobierno corporativo de las empresas... Una dura tarea". *Lima: Revista Derecho, Banca & Sociedad*, n° 5 (2006), 26-27.
- Martinelli, Javier. "El camino de las empresas familiares durante la pandemia", (11 de septiembre del 2020). <https://www.americaeconomia.com/analisis-opinion/el-camino-de-las-empresas-familiares-durante-la-pandemia>
- Martínez-Ortiz, Juan José. 2007. "El gobierno corporativo en el Perú: contribución para enfocar el concepto". *Lima: Revista de Economía y Derecho*, 14 (2007), 42-43.
- Messina, Gabriel Eduardo. "Costos de transacción, teoría de agencia y gobierno corporativo". En XII Congreso Argentino de Derecho Societario. VIII Congreso Iberoamericano de derecho Societario y de la Empresa, 103-117. Buenos Aires, 2013.
- Normand, Enrique. "Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades". En *Manual Societario. Doctrina, Legislación & Jurisprudencia*, , Daniel Echaiz, 881-893. Lima: Instituto Pacífico, 2018.
- OCDE. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20. Paris: Éditions OCDE, 2016. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>.
- OCDE. Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas. Paris: Ediciones OCDE, 2011, 21, (Capítulo VI: Las responsabilidades de los Directorios de Empresas Públicas, acápite c).
- OCDE. Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas. Paris: Ediciones OCDE, 2011, 59, (Notas al Capítulo VI: Las responsabilidades de los Directorios de Empresas Públicas).
- Osterling, Felipe y Miró, Gustavo. Conflicto de intereses: el deber de declaración y revelación de los árbitros. Lima: Portal de Osterling Abogados, 2013. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/El%20Deber%20de%20Declaraci%C3%B3n%20de%20%C3%81rbitros.pdf>.

- Paredes Atencio, Jorge Armando. 2007. Los beneficios del buen gobierno corporativo y la ventaja competitiva en la aplicación del cuadro integral de mando. Lima, tesis para optar el grado académico de Máster en Administración de Negocios, Universidad de Lima.
- Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). 2013. Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades peruanas, 12 y 13.
- Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). 2019. Información Consolidada del Reporte sobre el Cumplimiento del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, 26, 27, 44 y 46.
- Tomás, Gema. "La sustitución del "buen padre de familia" por el estándar de la "persona razonable": reforma en Francia y valoración de su alcance". Revista de Derecho Civil II, nº 1 (2015): 57-103.