

EL NUEVO DERECHO CORPORATIVO (*LEX NEGOTII*) SUSTENTABILIDAD EMPRESARIAL Y GOBIERNO CORPORATIVO

Hernany Veytia*

I. Introducción

Los activos intangibles de una sociedad mercantil, como su portafolio de propiedad intelectual, el prestigio comercial, la cartera de clientes, las autorizaciones administrativas con que cuentan pueden llegar a valer más para una empresa que lo que se refleja en los activos fijos y circulantes de los estados financieros.

Por otro lado, las contingencias originadas por riesgos derivados del medio ambiente, por cuestiones relativas a problemas sociales o culturales, así como la cadena de proveedores pueden frenar o afectar el desarrollo global de una empresa.

Discrepan las opiniones de juristas, filósofos sociólogos respecto al modo de conceptualizar el derecho. Son varias las causas de esta divergencia, entre otras la existencia de varias escuelas¹, cada una con su propia teoría sobre el origen del derecho y el papel que juega en el medio social.

Hoy en día, se podría decir con Kant que “continúan los juristas buscando una definición del derecho”, tan difícil como al geómetra es definir el “espacio”, así sucede con el derecho y los abogados. El “Derecho implica “orden”, presupone ciertas restricciones o limitaciones a la actividad de la autoridad y de los particulares.

Si es verdad que el derecho regula la vida en sociedad, también lo es que el derecho corporativo regula la vida de la empresa y su impacto en la sociedad. El derecho se distingue de la moral, de la urbanidad. En el derecho corporativo, no es tan fácil distinguir los límites de lo obligatorio².

* Dra. Hernany Veytia Palomino (LL.M. Yale), Estudios postdoctorales en Roma, Suiza, Alemania y los Estados Unidos. Actualmente se desempeña como árbitro en controversias internacionales es desarrollador estratégico de negocios internacionales con particular énfasis en el sector de telecomunicaciones, energía, construcción y financiero en Latinoamérica. Socio del despacho Veytia & Vads. La autora agradece los comentarios de Carolina Harrington (Argentina), Luiz Cesar Aschermann Correa (Brasil), Fernando Vázquez (México) y Barbara Negri (Italia).

¹ Entre otras: Escuela positivista, racionalista, histórica, económica y iusnaturalista.

² puede ser obligatorio en un país y no en otro, pero al ser una transnacional lo incorporan como “políticas de la empresa”, como en los casos en que filiales de empresas europeas otorgan una indemnización al distribuidor en caso de terminación de la relación comercial.

El derecho corporativo no se limita a lo que señalan las disposiciones mercantiles en la materia. La nova *lex negotii* incorpora lo que organizaciones no gubernamentales, asociaciones empresariales y la comunidad internacional han dispuesto como necesarias para un redituable y saludable crecimiento sustentable.

Los nuevos y sorprendentes avances en materia de tecnología y computación han dado lugar a lo que podría llamarse *Business Intelligence Law*. De ninguna manera podría considerarse otra rama de derecho corporativo. El siglo XX se caracterizó por la fragmentación del derecho mercantil y administrativo en incontables subespecialidades, el siglo XXI exige contar con un instrumento mediante el cual sea posible ver el bosque que el necesario microcosmos de los especialistas pierden de vista³. Es necesaria la especialidad, pero no basta. No se trata de que el abogado que se dedica a asuntos fiscales invada el terreno del laboralista, del experto en competencia económica, del de quiebras o el de ecología, pero ante tal complejidad de materias es necesario que el abogado no sea el último en participar de las más importantes transacciones de la empresa.

El abogado cuando es invitado a formar parte de un consejo de administración ya no puede limitarse a ser el secretario y levantar el acta. Su cliente —la persona moral— requiere que alguien pueda presentar de una forma clara no solo los riesgos sino las oportunidades de crecimiento y rentabilidad sustentable.

Hoy en día los aspectos culturales, ambientales y sociales están cobrando una importancia sin precedente. Un auténtico crecimiento sustentable global requiere monitorear, verificar la información continuamente mediante indicadores específicos, tendientes a alcanzar una meta concreta, se requiere para ello contar con un reporte que confronte esos resultados con el programa estratégico a seguir.

En muchos casos mediante contratos de comisión, agencia, prestación de servicios, joint venture, etc. se pueden obtener grandes ventajas, lograr minimizar costos o poder aprovechar sinergias, sin embargo en otras ocasiones mediante empresas de terceros se logran realizar actos que están prohibidos por la *Anticorruption Act*, *Antitrust*, u otras leyes o disposiciones como la *Sarbanes Oxley Law*. Incluso en algunas ocasiones estas empresas de terceros es la forma de pagar valores superiores a los de mercado y obtener beneficios para individuos en perjuicio de los intereses de los accionistas o de la empresa.

En ocasiones estas sociedades prestadoras de servicios en algunos países se utilizan para evitar el pago de derechos laborales, como el reparto de utilidades a los trabajadores al que de otra manera tendrían derecho por ley. Esto podría dar lugar a graves contingencias legales y es necesario contar la discrecionalidad y objetividad en caso por caso, de tal suerte que los riesgos puedan identificarse oportunamente. No es suficiente contar

³ Entre más grande la empresa, es más difícil saber que sucede. De ahí la famosa frase de W. Kendall: "Heaven help us if ethical trade is only left to small organisations!" La carrera por la especialización se inició desde el s. XIX. Ya lo decía Adam Smith en la *Riqueza de las Naciones* (Cap 3): When the market is very small, no person can have any encouragement to dedicate himself entirely to one employment, for want of the power to exchange all that surplus part of the produce of his own labour, which is over and above his own consumption, for such parts of the produce of other men's labour as he has occasion for. En el mundo globalizado, cada vez es más frecuente que las grandes empresas estén en condiciones de ofrecer mejores condiciones al consumidor final, pero al mismo tiempo contar con la información adecuadamente procesada es una necesidad.

con un sistema informático uniforme, sino se requiere programarlo con información oportuna, confiable y objetiva.

Es un hecho que las Bolsas de Valores están cobrando un papel muy activo para el desarrollo del crecimiento sustentable global. Los índices de sustentabilidad van siendo cada vez más tomados en cuenta por inversionistas y por el mercado en general.

II. El índice de sustentabilidad⁴

El *Dow Jones* fue el primer gran grupo del sector en incorporar criterios de sustentabilidad.⁵ Después de los escándalos del caso Enron, Worldcom, Xerox, y muchos otros en la bolsa neoyorquina y la de Londres el *Financial Times* lanzó en 2001 el FTSE4Good⁶. Los trabajos actuales en Italia y de la Bolsa de Brasil (Bovespa) se encuentran muy adelantados.

Sudáfrica fue el primer país emergente que incorporó la sustentabilidad del mercado de acciones y emitió un índice⁷. Los bancos brasileños, el sector más redituable en el país pagando intereses espectaculares a sus inversionistas, ya contaban con fondos particularmente destinados para proyectos ecológicos desde 2001, BOVESPA lanzará en diciembre de 2005 un índice de sustentabilidad empresarial que refleje el compromiso de la empresa por una mejora integral.⁸

El crecimiento balanceado requiere, pero no se limita, al lucro económico. Se requiere que todas las áreas de la empresa cobren conciencia de su misión y se encaucen a alcanzar los objetivos a corto, mediano y largo plazo. El índice Brasileño se basa en los tres pilares *triple bottom line* (TBL), desarrollados por la consultora inglesa *SustainAbility*⁹, que integra los valores financieros, sociales y ambientales.

4 Sustentabilidad Empresarial consiste en el nuevo enfoque para realizar negocios que además de tener como meta la rentabilidad de la empresa se propone obtener la inclusión social (con respecto a la diversidad cultural y a los intereses de todos los directa o indirectamente relacionados con la empresa. Reduce u optimiza los recursos naturales y el impacto sobre el medio ambiente, preservando la integridad del planeta para futuras generaciones. Este enfoque, junto con las mejores practicas de gobierno corporativo, crea valor para los accionistas y proporciona mayor probabilidad de continuidad del negocio a largo plazo, al tiempo que contribuye para el desarrollo sustentable para todo el planeta.

5 Dow Jones Sustainability Index-DJSI) Este Índice adopta una metodología conocida como Best in Class, que selecciona las empresas con mejor desempeño en cada uno de los sectores económicos, excluyendo tajantemente a las que se dedican al comercio de armas

6 Se compone de cuatro índices. Lo desarrolló la consultora EIRIS y avala el desempeño de empresas globales por medio de criterios ambientales, de derechos humanos, y de compromiso con los stakeholders (todas las partes interesadas, no solo accionistas, sino también, proveedores, clientes, empleados, etc.) excluye a la industria bélica, nuclear y de tabaco.

7 Índice SRI (2003) Bolsa de Valores de Johannesburg (JSE). El índice SRI de JSE no excluye sectores económicos. Los incluye y evalúa como criterios con "alto impacto". El índice de JSE se realiza a partir de criterios sociales, económicos, ambientales y de gobierno corporativo, avalados desde el punto de vista de políticas, administración, desempeño, informes y consulta pública. Estos se consideran requisitos para poder cotizar en JSE.

8 Siguiendo el ejemplo de otros índices en el mundo, Bovespa unió esfuerzos con el Centro de Estudios en Sustentabilidad de la Fundación Getulio Vargas. El grupo de trabajo dio lugar al Consejo del ISE, en el que no solamente bancos, sino también analistas y brokers, y otras entidades públicas y privadas se sumaron. (Vr. http://www.ces.fgvsp.br/arquivos/Questionario_ISE.pdf)

9 Es increíble lo que esta firma ha logrado y esta lucrando desarrollando sustentabilidad en el mundo. www.sustainability.com (No es fácil romper con modos y practicas establecidas y su experiencia y relaciones globales les ha llevado a obtener muy redituables negocios a sociedades que habian sido acusadas de no cumplir con parámetros sociales o ambientales, por ejemplo Starbucks o Microsoft).

Cada uno de esos tres pilares (financiero, social y ambiental) se divide en el índice brasileño en cuatro criterios: a) Políticas (indicadores de comprometimiento), Administración (indican planos, programas, metas y control); Desempeño (indicadores); y Cumplimiento con el marco Legal (avalan el cumplimiento a leyes de competencia, consumidor, ambiental y otras).

III. Indicadores generales de sustentabilidad integral

Una empresa requiere incluir en su estrategia los tres pilares y además precisar el modo en que se divulga a: empleados, proveedores y público en general. Para implementar la estrategia corporativa se requiere un comité que la implemente y monitoree su desempeño. Dadas las constantes presiones de todo tipo y desde los diversos sectores de la organización, a las que se ven sometidos los dirigentes de las grandes empresas, que pueden originar un alejamiento de la búsqueda del bien general de la entidad, su evaluación y remuneración no puede desligarse de su desempeño en orden a alcanzar el crecimiento financiero, social y ambiental integral de la empresa.

Para los accionistas, bancos y terceros interesados se requiere que el balance refleje no solo los aspectos financieros sino también los balances sociales y se reflejen los parámetros de salud, seguridad y ambiente.

IV. Derechos para los accionistas minoritarios

No se limita a la posibilidad de ser oído y participar en las decisiones importantes de la empresa como fusiones, adquisiciones, cambio o modificación del objeto social, sino también el poder dirimir una controversia mediante arbitraje, de tal suerte que no sea necesario acudir a tribunales judiciales, que en muchos casos implica no solo grandes gastos sino tiempo invertido.

En la redacción de los estatutos es muy conveniente preparar el marco para la transparencia en las decisiones de la asamblea de accionistas y del Consejo de Administración. Por ejemplo dejando claro el modo en que deben realizarse las convocatorias, el modo en que se realizan las votaciones. Modo en que se integra el Consejo de Administración y el involucramiento de los funcionarios. Particularmente si de este Consejo depende su remuneración. Integración del comité de auditoría. Es indispensable en estatutos redimensionar el papel del comisario.

En lo que no dudaría en calificar como *nova lex negotii, intelligence business law*, o nuevo derecho corporativo se vinculan estrechamente se funden sin confundir lo legal y práctico. De tal suerte que por ejemplo el papel del comisario y del Comité de Auditoría dejan de ser disfraces legales o contables, para brindar seguridad y certeza a los *stockholders*.

La nova lex negotii, intelligence business law, o nuevo derecho corporativo, precisamente el arte de brinda una nueva perspectiva para el funcionamiento de la empresa, para su toma de conciencia para que pueda dirigirse a lo que se diseña en el plan estratégico. En el marco jurídico, en varias jurisdicciones se exige por lo menos una asamblea

anual para los accionistas, sin embargo, se requiere mejorar los canales de comunicación con los accionistas, esto no implica originar una “burocracia” adicional a la toma de decisiones en algunos casos, sino que buscaría garantizar la existencia de un instrumento que ponga la información necesaria (dependiendo de las características de la empresa y la naturaleza de los inversores) a su alcance en todo momento.

V. Mejores prácticas y código de conducta

Cómo se identifican, implementan y aprovechan las llamadas “mejores prácticas” o “benchmarking” en el sector. El proceso de *benchmarking* se concentra en las actividades más exitosas. Es por ello que el *benchmarking* es más que un análisis de la competencia.

El objetivo es aprender no simplemente qué se produce, sino también cómo se produce. La cuestión no es sólo el producto o servicio, sino también el proceso. Los japoneses lo denominan *dantotsu* sin importar en dónde se encuentran: en la propia compañía o industria o fuera de ella. Puesto que el objetivo es identificar las mejores prácticas, los socios más convenientes para el *benchmarking* no son necesariamente los competidores directos de la empresa, sino los que marchan a la vanguardia, sin importar en qué área destaca. *Benchmarking* constituye un compromiso con el mejoramiento debido a que es posible emplear la información recopilada en una variedad de formas y producir un efecto significativo en las operaciones de la organización. Los resultados de un estudio de *benchmarking* se convertirán en la base de objetivos de corto o largo plazo consistentes con la realidad del mercado. Por esta razón se utilizan para anticipar tendencias en los negocios y descubrir oportunidades de innovación.

Cómo se hace cumplir el código de conducta, la transparencia, el modo en que se desarrolla cultura corporativa y evitan los conflictos de intereses dentro de la empresa. Por ejemplo Motorola a nivel mundial cuenta con un código de conducta que integra a todas las partes relacionadas (*stockholders*) y el modo de evaluarlas.

VI. Activos intangibles

La valoración de los intangibles como marcas, patentes, prestigio en el mercado, cartera de clientes suelen ser tomados en cuenta en fusiones y adquisiciones, sin embargo es difícil cuantificarlos cuando no se han implementado mecanismos idóneos previamente. Por ejemplo en algunas ocasiones se compra una empresa por su excelente ubicación geográfica pero no se toman en cuenta factores culturales que pueden afectar el cambio en el control o administración de la empresa. Por ejemplo, la facilidad con que empleados pueden cambiar de trabajo si su jefe decide aprovechar sus “contactos” locales para desarrollar un negocio que compita con el anterior. La redacción de los contratos y convenios de no competencia suelen estar muy restringidos en algunas jurisdicciones por considerarse una limitación a la libertad de trabajo, derecho humano que suele estar incorporado a nivel constitucional.

VII. Criterios e indicadores ambientales

En los parámetros con que se determina el índice de sustentabilidad juega un papel prioritario el medio ambiente. Por ejemplo si existe una persona dentro de la empresa responsable del tema y si este se encuentra al mismo nivel jerárquico que otros funcionarios, por ejemplo el de finanzas, recursos humanos, ventas, etc. Si existe una estrategia bien definida no solo para la protección sino para el mejoramiento del medio ambiente. Esta estrategia debe ser implementada en todas las áreas de la empresa, implica el ahorro de papel, electricidad, mejoramiento de seguridad y salud no solo de los trabajadores, sino que se expande a los proveedores y a los consumidores, por ejemplo mediante políticas que promuevan el reciclaje del material de desecho. Para ello el índice requiere que se incluyan factores de control.

El compromiso, alcance y divulgación de las cuestiones ambientales gradualmente va tomando cada vez una mayor importancia. La cadena de valor, los proveedores críticos, las operaciones financieras (por ejemplo las extraordinarias ventajas que ofrecen los créditos de carbono emitidos conforme al Protocolo de Kyoto) y particularmente la administración de los riesgos socio ambientales en los que se involucra la empresa, requiere más que buenas intenciones o contratos bien redactados.

No es suficiente obtener los permisos de operación, es necesario que la empresa cuente con un instrumento que le permita registrar y atender oportunamente las cuestiones socio-ambientales que se presentan. Puede ser demasiado tarde cuando se perciben sus efectos. No se trata solamente de prevenir accidentes como los de Bophal sino monitorear con indicadores específicos el ahorro progresivo de agua, energía eléctrica y papel.

Los inmuebles con que cuenta la empresa, las propiedades que se ven afectadas por las operaciones directas o indirectas de la empresa y todos los elementos que pueden llegar a integrar un pasivo ambiental.

VIII. Financiamiento de proyectos

Instituciones financieras, como Citigroup y otros bancos de gran tradición en los mercados financieros como el Barclays de Inglaterra o el Credit Suisse Group y el West LB de Alemania, entre otros se han comprometido a seguir en prestamos mayores a 50 millones de dólares los llamados Principios Ecuador.¹⁰ Estos principios tienen como objetivo mitigar riesgos que puedan surgir de cuestiones relacionados con el impacto social, cultural, o de medio ambiente, particularmente en países en desarrollo¹¹.

¹⁰ Cfr. <http://www.equator-principles.com>

¹¹ Cfr. http://www.equator-principles.com/documents/Equator_Principles.pdf. (V. gr. 3.-In the context of the business of the project, as applicable, the EA report has addressed:

- a) assessment of the baseline environmental and social conditions
- b) requirements under host country laws and regulations, applicable international treaties and agreements
- c) sustainable development and use of renewable natural resources
- d) protection of human health, cultural properties, and biodiversity, including endangered species and sensitive ecosystems
- e) use of dangerous substances
- f) major hazards

Es importante hacer notar que la carga de tiempo y monitoreo de los diversos factores recaen en gran medida en el deudor. Por ejemplo se impone la obligación de contar con plan de administración de cuidado del medio ambiente (*Environmental Management Plan* (EMP) y presentar reportes periódicos al acreedor. Estos informes deben ser elaborados en algunas ocasiones por consultores independientes. El derecho a nombrar esos consultores independientes recae en muchas ocasiones en el acreedor.

Entre los elementos que pueden poner en riesgo el éxito de un proyecto financieramente viable se encuentran: Cuestiones de medio ambiente (incluyendo el ecosistema, administración de plagas, cuidados de bosques, seguridad en diques, población indígena, relocalización involuntaria de asentamientos humanos¹², patrimonio cultural o histórico, trabajo forzado de menores, disposiciones administrativas locales, etc.).

Llama la atención los esfuerzos del *Internacional Finance Corporation*¹³ y del Banco Mundial¹⁴ para poder llevar un mejor control no solo para el otorgamiento del crédito sino para que particularmente en proyectos de financiamiento de infraestructura con financiamiento privado¹⁵

IX. Criterios e indicadores sociales

La empresa no es un ente aislado, es un agente que influye en el desarrollo económico y social donde realiza sus actividades, al tiempo que la localidad, comunidad, país, conciencia social global también influye en el desarrollo económico de la empresa. La empresa también se ve afectada por el medio es un canal de ida y vuelta, de allí la importancia de la conciencia de la responsabilidad social.

Dado el avance tecnológico y el derrumbamiento de las barreras arancelarias su participación en el mundo global y la interdependencia de sus factores de producción han transformado el planeta en una aldea global. El bien estar de la humanidad depende cada vez más de una acción cooperativa, local, regional, nacional e internacional.

-
- g) occupational health and safety
 - h) fire prevention and life safety
 - i) socioeconomic impacts
 - j) land acquisition and land use
 - k) involuntary resettlement
 - l) impacts on indigenous peoples and communities
 - m) cumulative impacts of existing projects, the proposed project, and anticipated future projects
 - n) participation of affected parties in the design, review and implementation of the project
 - o) consideration of feasible environmentally and socially preferable alternatives
 - p) efficient production, delivery and use of energy
 - q) pollution prevention and waste minimization, pollution controls (liquid effluents and air emissions) and solid and chemical waste management)

12 Por ejemplo para la construcción de la mayor hidroeléctrica del mundo ITAIPU fue necesario reubicar a las personas en otra localidad y mejorarles su nivel de vida. <http://www.itaipu.gov.br/>

13 www.ife.org

14 Ver particularmente World Bank Guidelines (PPAH) World Bank, Pollution Prevention and Abatement Handbook, World Bank, 1998. www.worldbank.org

15 www.uncitral.org (tiene una guía y disposiciones modelo que aunque fue un loable esfuerzo, desafortunadamente no responden a las modernas necesidades de los que proporcionan el financiamiento).

Una sana empresa tiene conciencia y trabaja para la preservación del medio ambiente y del patrimonio cultural, la promoción de los derechos humanos y la construcción de una sociedad no solamente económicamente prospera sino socialmente justa. La sociedad hoy en día requiere que el Estado, la sociedad civil y la empresa participen cada una en la medida de su capacidad creadora, liderazgo y recursos financieros.

Las empresas que tienen un comportamiento ético no solamente atraen a los mejores candidatos, sino que también forjan día a día el ambiente corporativo, “la cultura empresarial”, lo que hace a una empresa diversa de otra, sería asimilable a otorgarle carácter. Esto va más allá de los parámetros de la legislación laboral de los años 70, sino que requiere la *lex negotii, intelligence business law* que se integren los factores de calidad indicados por Malcom Baldrige¹⁶ en cuanto a la gente de la propia empresa en su ambiente interno, pero también presentan a la sociedad su participación activa para mejorar –en general– la comunidad donde esta ubicada, incluso con donación de parte del tiempo de los empleados en actividades de beneficencia. Una gran oportunidad disfrutada por las empresas es la llamada “publicidad social” con beneficios fiscales aportados por la Ley Rouanet¹⁷.

Se ha comprobado que las empresas que tienen un comportamiento ético y socialmente responsable atraen a los mejores candidatos para sus trabajos, el ambiente de trabajo fomenta el crecimiento de la persona y el hecho de que sus actividades sean gratificantes les da el reconocimiento de la sociedad y la preferencia de los consumidores.

En los últimos años dado el crecimiento de las grandes empresas y particularmente por la necesidad de contar con parámetros de transparencia que reflejen un alto grado de valores y principios éticos se ha desarrollado todo un nuevo modo de administrar empresas.

La legislación en materia de sociedades mercantiles no se ha modificado en los últimos veinte años, sin embargo las lagunas de la ley, o mejor dicho, el desarrollo de la tecnología, la complejidad de la “ciencia” de la administración de empresas¹⁸ ha permitido que la *nova lex negotii, intelligence business law*, se desarrollara. Hoy en día los Consejos de Administración juegan un papel de gran responsabilidad.

El nacimiento del gobierno corporativo¹⁹ se da debido a la responsabilidad que tienen las juntas directivas y los comités de auditoría de dar seguridad sobre la confiabili-

16 Premio internacional de calidad. Otra metodología también ampliamente utilizada en las empresas es la llamada Six Sigma. Inicialmente surgió como la adaptación y adopción de principios de ingeniería utilizados a la calidad en los procesos de manufactura también a la administración de la empresa. Lo que se logra es de lograr reducir al máximo los errores (pore ejemplo quejas de clientes) y maximizar el valor. Al poder integrar personas, tecnología, proyectos, calendarios y detalles se logra que mediante un sencillo software se le pueda dar seguimiento a la empresa de una manera muy simple.

17 En Brasil también es conocida como: Lei 8.313/91 y se suele implementar junto con la ley n° 9.249/95 MP 1.739/98 DECRETO N° 3.000, 26/03/99, Publicado DOU en 29/03/99 - RJR 99

18 En los cuadros directivos, suelen encontrarse quienes han estudiado MBA (*Master in Business Administration*), y en prestigiasdas universidades existen doctorados en la materia, o en algunos lugares se le denomina “ingeniería económica y financiera”.

19 Gobierno Corporativo es la tarea realizada por quien tiene bajo su responsabilidad la toma de decisiones al más alto nivel de la empresa. Esta tarea, misión, gobierno, debe ser realizada cumpliendo con los lineamientos no solo legales sino lineamientos de las bolsas de valores y/o organizaciones profesionales. También suele referirse a la misión encomendada al Consejo de Administración y/o la Asamblea de Accionistas. En Colombia se le denomina Gobierno Organizacional. “Al Gobierno Corporativo le concierne mantener el balance entre objetivos económicos y sociales y

dad de los reportes financieros, ya que se ha demostrado que entre mayor sea la calidad del gobierno corporativo mayor es la confiabilidad de los reportes financieros. Y entre mas supervisada y mas miembros independientes tenga la empresa en la junta directiva menos fraudes se cometen.

Basados en la transparencia, objetividad y compromiso tanto en la asignación como en la administración de recursos, maximizando así el valor de la empresa a través de un buen manejo financiero y del cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales, tratando balancear los poderes y de cubrir los diferentes intereses de las personas que integran la empresa (inversionistas, administradores, accionistas, propietarios y terceros).

Debido a que entre los administradores e inversionistas existen grandes diferencias respecto a los intereses sobre la entidad, el gobierno corporativo crea un conjunto de mecanismos principales que son:

- Estándares internacionales
- Auditoria
- Control interno

Con estos mecanismos se define la importancia del gobierno corporativo entendiendo los desacuerdos que existen entre los administradores y los inversionistas, y el objeto del gobierno corporativo que es proteger principalmente a los inversionistas de los accionistas y de los administradores, ya que estos cuentan con la información realmente importante, la cual puede ser manejada y cambiada, presentando problemas en cuanto a la veracidad de la información, viéndose afectada la inversión hecha por ellos. Por esto las compañías deben redescubrir las virtudes de la transparencia y el comportamiento ético. "Teniendo en cuenta que ninguna empresa puede ser exitosa, ni competitiva, si el publico inversionista y los clientes desconfía de sus negocios".

Este tema también se vincula con el hecho de que la ventaja competitiva de los países no solamente puede estar en el ofrecer "mano de obra barata", donde pudieran beneficiarse quien utilizara trabajo infantil, no solamente en la empresa principal sino en toda la cadena de producción, incluyendo proveedores y proveedores de proveedores. Esto va mucho más lejos de los alcances del derecho laboral porque incluye el llamado asedio moral (*violencia verbal, fisica, psiquica y hostigamiento sexual*). Los indicadores sociales relativos a la llamada "responsabilidad social" incluye el modo en que la empresa se integra a la sociedad, participa de la agenda nacional o local, por ejemplo apoyando iniciativas para el desarrollo sustentable que afecte poblaciones rurales o grupos indígenas. Con respeto por la cultura local, red social y fortalecimiento de la democracia.

entre propósitos individuales y comunales. El marco de trabajo del Gobierno Corporativo impulsa el uso eficiente de los recursos e igualmente la rendición de cuentas (accountability) por la administración de los mismos. El propósito es alinear lo mas cerca posible los intereses de los individuos, corporaciones y sociedad". Adrian Cadbury citado por el ICESI www.icesi.edu.co

Temas como la diversidad y equidad también son tomados en cuenta, y por eso es importante trabajar sobre ellos con suficiente tiempo de lo contrario para “maquillar” los resultados del índice de sustentabilidad se podrían nombrar empleados sin las cualidades requeridas únicamente por contar con deficiencia física o formar parte de una minoría racial, religiosa o cualquier otra. En otras palabras, si no existe un modo de monitorear constantemente el desempeño en este tema se puede poner en riesgo no solo el ambiente laboral sino la justicia frente a quien tiene las cualificaciones para desempeñar el puesto. Al dar visibilidad a la estructura, puede tener ventajas y desventajas y entre el secretismo y la transparencia hacia el público debe existir nuevamente la prudencia para determinar en caso por caso lo más propicio. Por ejemplo: no basta saber cuantos empleados son dimitidos y cuantos son contratados sino también el número nivel o salarios en que estos se relacionan.

X. Business intelligence law

En los últimos años, particularmente frente a las alarmas que disparó el año 2000, se han ido desarrollando programas de computación como ERP (*enterprise resource planning*), inteligencia de negocios, *balanced scorecard*, CRM (*customer relationship management*), SCM (*supply chain management*) entre otras todas ellas se engloban en lo que se conoce como inteligencia de negocios. Se refieren a la agrupación de la información para su distribución a los administradores de las líneas de negocios con el fin de encontrar entre otros por ejemplo tendencias en las ventas, hábitos de consumos y métricas que permitan definir el desempeño de la empresa y permitan generar una acción.

Muchos de los proveedores de soluciones informáticas han lanzado al mercado softwares que responden a necesidades financieras principalmente entre ellos Oracle, IBM, Microsoft, SAP, Hyperion, Cognos, Business Objects por nombrar algunas no necesariamente en orden de importancia y que son las más conocidas, sin embargo hasta la fecha ninguna de ellas ha contemplado con la debida profesionalidad todo lo que implican los tres factores de la sustentabilidad. El Gobierno Corporativo, el medio ambiente y responsabilidad social requieren mucho más que un simple mecanismo numérico, exige el criterio, la discrecionalidad para que el sistema pueda funcionar en diversas jurisdicciones.

Hasta el momento al parecer, únicamente PBviews ha lanzado un programa de software que puede ser alimentado y adaptado a las necesidades que exige la sustentabilidad empresarial. Pero no es una tarea fácil, y Performancesoft²⁰ requiere ser implementado, ser ajustado a las necesidades de cada cliente. Eso solo lo puede hacer quien se encuentre familiarizado con los temas de sustentabilidad. No solo con las directrices globales, sino contando con personas *in situ* que puedan garantizar la adecuada implementación. Por tanto es imprescindible experiencia no solo en derecho corporativo y administración de negocios, sino contar con una particular familiaridad con la inteligencia de negocios para poder ofrecer a los grandes grupos empresariales una nueva línea de servicios que

20 www.performancesoft.com

permita el acceso a grandes volúmenes de información que responderán a las necesidades de los órganos regulatorios, de la asamblea de accionistas y del consejo de administración oportunamente. El tema de la sustentabilidad requiere especialistas en la materia más que intervención de los programadores y/o analistas de sistemas.

XI. Consideraciones finales

La libertad es el requisito previo para que exista ética y derecho. El campo de la moral es más amplio²¹. Una norma sin coacción, es “imperfecta”, por lo que en el ámbito jurídico en las diversas escuelas –incluyendo la del análisis económico del derecho–, podría cuantificarse la sanción con el beneficio y actuar en consecuencia. Al hablar de sustentabilidad implica ver el derecho desde lo alto, a largo plazo, de tal suerte que las implicaciones “no legales” pueden ser peores que la sanción jurídica, por ejemplo puede no ser una violación al derecho de uso de un derecho de propiedad intelectual, pero si eso afecta el prestigio de la empresa, entonces la decisión de “negocios” estaría por encima de lo legal.²²

Los índices de sustentabilidad y particularmente las acciones de responsabilidad social son voluntarios, de ahí que a mediano plazo valga la pena redimensionar el papel de la “sanción” y el derecho. Si se sigue en la vía de lo voluntario se fortalece la creación de lo que se ha llamado “el tercer sector”, las fundaciones, organismos no gubernamentales, trasladando la responsabilidad se pierde la libertad.

Es un hecho que el papel del Estado cada vez es menor, dando paso no solo al neoliberalismo, sino a formas más complejas de gobernabilidad. En donde las grandes transnacionales se funden y confunden con el papel tradicionalmente jugado por el poder ejecutivo en el estado, el legislativo lo suplementan o suplantando las cámaras de comercio, organizaciones profesionales y el judicial deja paso al arbitraje como mejor método para la solución de controversias, particularmente las internacionales.

La sustentabilidad requiere un pensamiento independiente que pueda asesorar respecto a las mejores prácticas, se requiere un asesor en estrategia, expertos en responsabilidad corporativa, desarrollo sustentable. Consejeros en todo lo que implica la administración de riesgos y oportunidades de negocios. Es una tarea que va mucho más allá de lo que se puede considerar “corporate lobbying”. Porque implica que la empresa en lugar de adoptar una postura “reactiva”, es “preactiva”, propositiva, toma iniciativas para ir administrando cualquier potencial riesgo. La sustentabilidad empresarial es un diferenciador estratégico que reconoce el potencial de trabajar no solo en beneficio de la empresa sino logrando un cambio en la comunidad y en el ambiente. ¿Es este papel y lugar para el abogado del siglo XXI?

Lograr credibilidad en los reportes requiere más que un software. Exige incorporar en su programación las mejores prácticas en el sector. Existe un gran debate en cómo

21 *Non omne quod licet honestum est.* Digesto Liv 50, Tit 17. Frag 144.

22 Por ejemplo: En el país “X” se registra una marca en la clase 12, se exportan al país “Y” donde esta marca esta previamente registrada, pero en la clase 18. Legalmente no habría problema para su uso, pero si el titular del registro en la clase 18 amenaza el prestigio del distribuidor de los productos, costo-beneficio hace sentido no involucrarse en un largo litigio sino tomar una decisión de negocios en que se mitiguen los riesgos.

asegurar el reporte de temas no financieros. Construir la “credibilidad” del índice de sustentabilidad es lo más importante. Una gran empresa no es un estado inmutable, requiere innovación, trabajar dentro de un marco legal y administrativo adecuado. El gobierno, sociedad, ambiente, pueden favorecer o impedir la transformación cuando sea requerida. Esto se logra actuando de manera “inteligente”, la mejor forma de predecir el futuro es crearlo. Se trata de entender, anticiparse y liderar el mercado y marcar una diferencia cualitativa en la sociedad local con repercusión global, de manera efectiva, eficiente, justa y transparente. Para ello la clave esta en encomendar a personas responsables el compromiso de alcanzar metas concretas respecto a temas muy bien identificados, contar con un modo de control y seguimiento periódico de tal forma que la empresa, como un todo pueda desarrollar la confianza con los valores que le inspiran.