



Nº7 Septiembre 2011

GOBIERNO CORPORATIVO Y SOCIEDAD ANÓNIMA BURSÁTIL: LOS DEBERES DE DILIGENCIA Y DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES

Dr. Carlos Ernesto Arcudia Hernández

carlos.arcudia@uaslp.mx

Mtro. Sergio Arcos Moreno

sarcos@uaslp.mx

Mtra. Irma Brígida Suárez Rodríguez

irma.suarez@uaslp.mx

UNIDAD ACADÉMICA MULTIDISCIPLINARIA ZONA HUASTECA-UASLP
Romualdo del Campo No 501 Fracc. Rafael Curiel, Cd Valles S.L.P.

RESUMEN

Dentro de las medidas de control interno de las grandes sociedades, el movimiento del Gobierno Corporativo propone la regulación de los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores como una vía para controlar la gestión social y atajar los *agency problems*. En este sentido la LMV incluye una regulación particularmente detallada de estos deberes para los administradores que a todas luces es una transposición a nuestro ordenamiento jurídico de una regulación del derecho anglosajón. El primero de los deberes obliga a los consejeros a informarse y participar en las decisiones sociales; el segundo obliga a los consejeros y al secretario del consejo a abstenerse de participar en la toma de decisiones en caso de existir conflicto de intereses; así como, a no divulgar información privilegiada.

Palabras clave: deber de diligencia; deber de lealtad; sociedad anónima bursátil; Gobierno Corporativo; consejo de administración

ABSTRACT

Within the measures of internal control of the great societies, the movement of the Corporative Government proposes the regulation of the duties of diligence and loyalty of the administrators like a route to control the social management and to stop agency problems. In this sense the LMV includes a particularly detailed regulation of these duties for the administrators that obviously is a transposition to our legal ordering of a regulation of the Anglo-Saxon right. First of the duties it forces the advisors to inquire and to participate in the social decisions; the second forces to the advisors and the secretary of the advice to abstain to participate in the decision making in case of existing conflict of interests; as well as, not to disclose privileged information.

Keywords: duty of care; duty of loyalty; corporation; Corporate Governance; Board of Directors

INTRODUCCIÓN

El Gobierno Corporativo plantea una serie de medidas tendientes a solucionar los problemas de la separación de gestión y de propiedad en las grandes sociedades. Escándalos corporativos como el de Enron –en los Estados Unidos- o el de Parmalat –en Italia- encendieron las alarmas sobre la necesidad de someter a control la actuación de los administradores sociales por disponer de patrimonio ajeno.

En el marco del Gobierno Corporativo se han propuesto una serie de medidas tendientes a gobernar, dirigir y monitorear la gestión de las grandes sociedades. En el presente trabajo abordaremos una en específico: la regulación de los deberes de lealtad y de diligencia por parte de los administradores. En concreto analizaremos las disposiciones legales de cumplimiento obligatorio para los administradores de la Sociedad Anónima Bursátil (=SAB) establecidas en la Ley del Mercado de Valores (=LMV). Estos deberes que son elementales en cualquier administrador se ven agravados en el caso de la SAB por ser sociedades abiertas que captan recursos del público a través de la Bolsa Mexicana de Valores.

Con objeto de hacer más comprensible al lector estos deberes legales la presente colaboración se estructura en dos secciones. En la primera hacemos un repaso del concepto de Gobierno Corporativo, caracterizamos los *agency problems* y presentamos un cuadro con las grandes líneas maestras de las medidas del Gobierno Corporativo.

En la segunda sección nos abocamos al análisis concreto de una de las medidas de control interno de la corporación para resolver el *agency problem* que enfrenta a accionistas con administradores: los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores. Comenzamos su tratamiento con la caracterización de la SAB y su administración para posteriormente analizar individualmente cada uno de los deberes. Hemos decidido incluir en ambos deberes resoluciones jurisprudenciales norteamericanas que dieron origen a los

deberes citados con objeto de clarificar aún más estos deberes cuya regulación –a todas luces- tiene origen anglosajón. Posteriormente exponemos la regulación de ambos deberes en la LMV. Asimismo, y sobre todo en particular para el deber de diligencia, hemos abordado de manera muy somera la regla del juicio de negocio, que delimita la responsabilidad de los administradores. Por último hemos haremos mención de las acciones a que tienen derecho la sociedad y los socios por responsabilidad de los administradores. Sin esta acción los deberes de diligencia y lealtad quedarían en meros imperativos morales.

1.-EL GOBIERNO CORPORATIVO Y SUS MEDIDAS

El gobierno corporativo puede ser definido como un sistema por el cual las sociedades son gobernadas, dirigidas y monitoreadas, incluyendo la participación de los accionistas, consejos de administración, dirección, auditoría independiente y a todas las partes legítimamente interesadas en la organización¹

La temática central de los principios, normas y leyes de gobierno corporativo, está basada en la diferenciación entre propiedad o posesión corporativa y la conducción o administración de la empresa. La propiedad corporativa (en el caso de la sociedad anónima) está expresada mediante acciones o partes sociales que representan el dominio de la sociedad y conllevan los derechos fundamentales de esa propiedad: el voto y el derecho de reparto de utilidades. La posesión corporativa confirma la posibilidad del control propietario y sus derechos de forma temporal derivado de algún instrumento jurídico como la prenda. El control se ejerce mediante la propiedad o posesión corporativa es diferente al control que ejerce la administración de la empresa; mientras el primero es tendiente a generar utilidades derivadas de su participación social, el objetivo de los administradores es organizar y maximizar el valor de la empresa².

La limitación de la responsabilidad de los socios -hasta el límite de su aportación- ha provocado el abuso de la personalidad jurídica, la personificación de la sociedad y la división del trabajo interna se encuentran en el origen de los *agency problems*. Las manifestaciones más características de los *agency problems* las constituyen el abuso de la mayoría sobre la minoría y el abuso por parte de los administradores de sus facultades de gestión. La necesidad de adoptar medidas específicas para hacer frente a estos fenómenos en las sociedades bursátiles se suele justificar, por un lado, por el hecho de que el gobierno de dichas sociedades, por la potencial dispersión del accionariado, tiene a

¹ La sociedad anónima es la entidad más avanzada de gobierno corporativo. En México, el gobierno corporativo ha tenido su mayor difusión, entre otros, en la sociedad anónima, la sociedad anónima bursátil y la sociedad promotora de inversión, regulados en la Ley del Mercado de Valores (LMV), así como las instituciones de crédito, las sociedades de inversión y las administradoras de fondos para el retiro LARREA MARTÍNEZ, G y VARGAS GARCÍA, S *Apuntes de gobierno corporativo* Universidad Panamericana, Editorial Porrúa, Escuela Libre de Derecho, México 2007 pp 21 y 23.

² *Ibidem* p 23

exacerbar tales problemas, señalándose al respecto que la experiencia enseña que la autonomía de los administradores crece de forma ineluctable, paralela y directamente proporcional a la pérdida sustancial de eficacia de los instrumentos internos de control. En sus manifestaciones más patológicas este fenómeno es conocido vulgarmente como el llamado “síndrome de John Wayne” con el que se pretende describir la actitud de aquellos administradores que consideran que no deben dar ninguna explicación de su gestión a los socios, de los que se espera que no causen problemas³

Para dar solución a los *agency problems* desde el movimiento del Gobierno Corporativo se han establecido una serie de medidas que podemos clasificar de la forma siguiente:

Medidas para la elección de la forma social	La decisión sobre el tipo de sociedad que se ha de constituir puede determinar el éxito o fracaso de la empresa.
Medidas internas a la corporación	<p>a) Reconocimiento de los derechos y obligaciones de los sujetos. Estas medidas corresponden a la procuración del cumplimiento de las normas y leyes que son aplicables a cada uno de los órganos y de la sociedad y otros sujetos relacionados con la misma, por el tipo de sociedad elegida y en el cumplimiento de su objeto social.</p> <p>b) Determinación de la estructura y organización para la administración y procedimiento de control.- Estas medidas corresponden al margen optativo y facultativo que permiten las leyes, es decir, todo aquello que no es expresamente regulado por las leyes puede ser establecido por la misma corporación o sus órganos.</p>
3.- Medidas de control externo a la corporación.	Estas medidas son aquellas apoyadas o implementadas por los órganos externos.

Pues bien, una vez establecidos los conceptos básicos sobre los cuales versará el presente trabajo estamos ya en posibilidad de especificar que abordaremos el *agency problem* relacionado con la administración de la sociedad. En concreto, nos centraremos en las medidas internas a la corporación y en concreto al reconocimiento de derechos y obligaciones de los sujetos. Específicamente abordaremos los deberes de lealtad y fidelidad de los administradores; así como la acción para exigir su responsabilidad por

³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M “Fundamentos y antecedentes del régimen de información y transparencia en las sociedades cotizadas” en F. VIVES y J. PÉREZ-ARDÁ (Coords) *La sociedad cotizada*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2006 pp 77, 79 y 80.

infracción a los mismos. Estos deberes se encuentran regulados específicamente en la LMV en la normativa de la Sociedad Anónima Bursátil (SAB).

2.- LOS DEBERES DE DILIGENCIA Y DE LEALTAD

2.1.- Creación de la SAB como marco para implementar los deberes fiduciarios

La Ley del Mercado de Valores (LMV) de 2006 prevé la posibilidad legal de la constitución de tres nuevas clases de sociedades mercantiles: 1) la Sociedad Anónima Bursátil (=SAB), 2) la Sociedad Anónima Promotora de Inversión Bursátil, y 3) la Sociedad Anónima Promotora de Inversión. Dichas sociedades se suman a las ya previstas en la Ley General de Sociedades Mercantiles y demás leyes especiales.

La SAB es un subtipo societario (exposición de motivos de la LMV) se incorpora un estatuto jurídico específico para las anónimas que sin ser entidades financieras cotizan en la BMV. Así, la ley incluye un amplio capítulo para la SAB (arts. 22 al 57), en el que se regula la denominación social, la administración, los deberes de diligencia y lealtad, las acciones de responsabilidad, la vigilancia, la gestión y ejecución de negocios sociales, la asamblea de accionistas, los derechos de los socios, la emisión de acciones y las operaciones sobre los títulos de acciones⁴.

La administración de la SAB estará a cargo de un consejo de administración compuesto por un máximo de veintiún consejeros, de los cuales, cuando menos, el veinticinco por ciento deberán ser independientes (Artículo 24 LMV). La inclusión de los deberes fiduciarios de diligencia y de lealtad de los administradores de la SAB en la LMV constituye un paso significativo en la recepción formal de la jurisprudencia del *common law* en materia de directivos de las sociedades mercantiles (*duty of loyalty and duty of care*)⁵

2.2.- Deber de diligencia

El deber de diligencia tiene la función primordial de evitar que los administradores gestionen negligentemente la empresa, prefiriendo dedicar más tiempo a sus intereses personales en perjuicio de su dedicación al cargo de administrador; en el contexto de conflictividad en materia de intereses que envuelve el ejercicio de su cargo⁶

⁴ GUADARRAMA López, E.; *La Sociedad Anónima en el Derecho Mexicano. Consideraciones particulares sobre la Anónima Bursátil*; Editorial Porrúa; México, 2008 pp. 7-10

⁵ NAVA VAZQUEZ, C “Mejores prácticas de gobierno corporativo en México y Estados Unidos: los deberes de lealtad y diligencia en la nueva ley del mercado de valores” en A QUINTANA y A ENVÍA (Coords) *Panorama Internacional de Derecho Mercantil, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Tomo 1 Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006 p 532

⁶ GALINDO SIFUENTES, E *Derecho Mercantil* 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2007 p 270

La doctrina ha asociado a este deber la regla del juicio de los negocios, conocida como el *Business Judgement Rule*. La doctrina anglosajona ha establecido cuatro condiciones generales para la regla del juicio de los negocios:

- a) Debe existir una decisión; por ejemplo la falta en realizar una pregunta necesaria o cualquier otra falla al realizar una acción, no justifica la protección bajo esta regla.
- b) Existe un deber de informarse en relación con el juicio de negocio de manera que razonablemente se considere apropiado bajo las circunstancias
- c) La decisión debió realizarse de buena fe, de manera que la condición no se satisface si el comerciante sabe que violó la ley.
- d) No deberá existir un interés financiero en el objeto principal de la decisión. Por ejemplo, la regla del juicio de los negocios no es aplicable para probar su propiedad⁷

Así las cosas, esta obligación fiduciaria de los administradores fue caracterizada por los tribunales norteamericanos en dos casos: *Kamin v.s. American Express Company* y en *Brehm v.s. Eisner*. En el primero de ellos La corte de Nueva York estableció que los tribunales no deben interferir en cuestiones relativas al criterio de los negocios del Consejo de Administración a menos que se presente alguno de los siguientes elementos: fraude, ilegalidad, colusión, propósito deshonesto⁸.

En *Brehm v.s. Eisner*; un litigio en el cual el demandante pidió responsabilidad del antiguo y del nuevo Consejo de Administración de Disney por incurrir en incumplimiento del deber de diligencia al contratar y rescindir anticipadamente el contrato del Presidente de la Compañía –respectivamente-. Por lo que hace a la contratación del Presidente de la compañía, la Corte de Delaware resolvió que el antiguo consejo de administración se condujo con suficiente cuidado al contratar a un experto calificado y escuchar su opinión antes de aprobar el contrato de empleo del nuevo Presidente corporativo. Por lo que respecta a la rescisión anticipada de su contrato por parte del nuevo consejo de administración de Disney, ésta fue una adecuada decisión de negocios que le evitó a la compañía un costoso litigio, así como la distracción de recursos humanos y materiales, mala publicidad y pérdida de costos de oportunidad. Ante la ausencia de fraude o mala fe de parte de los consejeros, el solo desacuerdo del actor con la decisión tomada no fue suficiente para acreditar la responsabilidad de los directivos por presunta violación del deber de diligencia⁹.

Por lo que respecta a la legislación mexicana. Nuestra LMV establece que los miembros del consejo de administración, en el ejercicio diligente de las funciones que la LMV y los

⁷ LARREA MARTÍNEZ, G y VARGAS GARCÍA, S *Apuntes de Gobierno Corporativo ob. cit.* pp 88-89

⁸ NAVA VÁZQUEZ, C “Mejores prácticas de gobierno corporativo en México y Estados Unidos...” *ob. cit.* pp 532-533

⁹ NAVA VAZQUEZ, C “Mejores prácticas de gobierno corporativo en México y Estados Unidos...” *ob. cit.* pp 534-536

estatutos sociales le confieran a dicho órgano social, deberán actuar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad y personas morales que ésta controle, para lo cual podrán:

- I. Solicitar información de la sociedad y personas morales que ésta controle, que sea razonablemente necesaria para la toma de decisiones. Al efecto, el consejo de administración de la sociedad podrá establecer, con la previa opinión del comité que desempeñe las funciones en materia de auditoría, lineamientos que establezcan la forma en que se harán dichas solicitudes y, en su caso, el alcance de las propias solicitudes de información por parte de los consejeros.
- II. Requerir la presencia de directivos relevantes y demás personas, incluyendo auditores externos, que puedan contribuir o aportar elementos para la toma de decisiones en las sesiones del consejo.
- III. Aplazar las sesiones del consejo de administración, cuando un consejero no haya sido convocado o ello no hubiere sido en tiempo o, en su caso, por no habersele proporcionado la información entregada a los demás consejeros. Dicho aplazamiento será hasta por tres días naturales, pudiendo sesionar el consejo sin necesidad de nueva convocatoria, siempre que se haya subsanado la deficiencia.
- IV. Deliberar y votar, solicitando se encuentren presentes, si así lo desean, exclusivamente los miembros y el secretario del consejo de administración.¹⁰

Los preceptos anteriores, dan instrumentos de información a los miembros del Consejo de Administración para que conozcan el alcance de sus decisiones. No obstante lo anterior, la LMV prevé casos específicos de las faltas al deber de diligencia reduciendo la ambigüedad existente sobre el término¹¹. Así las cosas, los miembros del consejo de administración de las SAB faltarán al deber de diligencia y serán susceptibles de responsabilidad en términos de lo establecido en el artículo 33 de la LMV, cuando causen un daño patrimonial a la sociedad o a las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, en virtud de actualizarse alguno de los supuestos siguientes:

- I. Se abstengan de asistir, salvo causa justificada a juicio de la asamblea de accionistas, a las sesiones del consejo y, en su caso, comités de los que formen parte, y que con motivo de su inasistencia no pueda sesionar legalmente el órgano de que se trate.
- II. No revelen al consejo de administración o, en su caso, a los comités de los que formen parte, información relevante que conozcan y que sea necesaria para la adecuada toma de decisiones en dichos órganos sociales, salvo que se encuentren obligados legal o contractualmente a guardar secreto o confidencialidad al respecto.

¹⁰ Artículo 30 LMV

¹¹ MARTÍNEZ, G y VARGAS GARCÍA, S *Apuntes de Gobierno Corporativo ob. cit.* p 94

III. Incumplan los deberes que les impone la LMV o los estatutos sociales de la sociedad¹².

En términos generales el deber de diligencia puede traducirse en una obligación de tomar decisiones de manera informada. Para allegarse de esa información los consejeros deberán solicitarla a los funcionarios sociales y no podrán renunciar a participar en las deliberaciones y votaciones; salvo que tengan algún impedimento. La regla de juicio del negocio limita su deber de diligencia. Asimismo como hemos visto en la jurisprudencia extranjera limita la acción de responsabilidad a los casos de fraude, colusión, ilegalidad o propósito deshonesto; y aún cuando la decisión pueda resultar onerosa a la sociedad si se tomó de forma informada exculpa de responsabilidad a los administradores. Este deber se ve complementado con el deber de lealtad que analizaremos a continuación.

2.3.- Deber de lealtad

El deber de lealtad persigue con carácter general que los administradores no antepongan la consecución de su interés personal a la consecución del interés social; es decir se abstengan de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad. También se define como la obligación de los directivos y los accionistas controladores o mayoritarios de comportarse con inherente ánimo previsor, justo y escrupuloso en aquellos asuntos en los que directa o indirectamente pudieran recibir algún beneficio, es decir, en aquellos casos en los que pudiera presentarse un conflicto de intereses¹³.

En cuanto a este deber el caso *Bayer vs. Beran* es un clásico del derecho corporativo norteamericano que ilustra la observancia del deber de diligencia de los administradores para con los intereses sociales. En el caso de referencia el actor demandó a los directivos de Celanese Corporation of America por presunta negligencia y malversación al embarcar a la compañía en la contratación de un programa de radio amenizado por una cantante que a la sazón era la esposa del presidente de Celanese (la señora Dreyfus). Para la corte de Nueva York no existió evidencia suficiente para acreditar que el programa de radio fuera diseñado con el propósito de impulsar la carrera artística de la señora Dreyfus, cuya calidad artística estaba fuera de duda. Además la Corte concluyó que el pago realizado era comparable al que imperaba en el mercado artístico en el momento de la contratación.

En adición a ello, la Corte Suprema de Nueva York encontró que los directores actuaron honestamente en todo momento en el libre ejercicio de su sano juicio de negocios y que su conducta no constituyó negligencia, malversación o imprevisión, pues cumplieron con las formalidades exigidas para la toma de esta clase de decisiones¹⁴

¹² Artículo 32 LMV

¹³ GALINDO SIFUENTES, E *Derecho Mercantil* 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2007 pp 270-271

¹⁴ NAVA VAZQUEZ, C "Mejores prácticas de gobierno corporativo en México y Estados Unidos..." *ob. cit.* pp 538 y 539

En el ordenamiento jurídico mexicano a fin de cumplir con su deber de lealtad los miembros del consejo de administración deberán realizar las siguientes conductas:

Los miembros y secretario del consejo de administración de las sociedades anónimas bursátiles, deberán guardar confidencialidad respecto de la información y los asuntos que tengan conocimiento con motivo de su cargo en la sociedad, cuando dicha información o asuntos no sean de carácter público¹⁵.

Los miembros y, en su caso, el secretario del consejo de administración, que tengan conflicto de interés en algún asunto, deberán abstenerse de participar y estar presentes en la deliberación y votación de dicho asunto, sin que ello afecte el quórum requerido para la instalación del citado consejo¹⁶.

Ahora bien, la LMV no se limita a establecer la generalidad de este principio sino que establece casos específicos en el artículo 35 establece que los miembros del consejo de administración incurrirán en deslealtad frente a la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, siendo responsables de los daños y perjuicios causados a éstas o aquélla, cuando realicen cualquiera de las conductas siguientes:

- I. Voten en las sesiones del consejo de administración o tomen determinaciones relacionadas con el patrimonio de la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga influencia significativa, con conflicto de interés.
- II. No revelen, en los asuntos que se traten en las sesiones del consejo de administración o comités de los que formen parte, los conflictos de interés que tengan respecto de la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tengan una influencia significativa. Al efecto, los consejeros deberán especificar los detalles del conflicto de interés, a menos que se encuentren obligados legal o contractualmente a guardar secreto o confidencialidad al respecto.
- III. Favorezcan, a sabiendas, a un determinado accionista o grupo de accionistas de la sociedad o de las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, en detrimento o perjuicio de los demás accionistas.
- IV. Aprueben las operaciones que celebren la sociedad o las personas morales que ésta controle o en las que tenga influencia significativa, con personas relacionadas, sin ajustarse o dar cumplimiento a los requisitos que esta Ley establece.

¹⁵ Artículo 34 de la LMV

¹⁶ Artículo 34 de la LMV. No obstante que la LMV señala conductas asociadas con la deslealtad, la característica fundamental es que deben existir beneficios económicos para sí o a favor de terceros en el género.

- V. Aprovechen para sí o aprueben en favor de terceros, el uso o goce de los bienes que formen parte del patrimonio de la sociedad o personas morales que ésta controle, en contravención de las políticas aprobadas por el consejo de administración.
- VI. Hagan uso indebido de información relevante que no sea del conocimiento público, relativa a la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga influencia significativa.
- VII. Aprovechen o exploten, en beneficio propio o en favor de terceros, sin la dispensa del consejo de administración, oportunidades de negocio que correspondan a la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga influencia significativa¹⁷.

Si el deber de diligencia impone a los administradores la obligación de informarse y participar; el de lealtad impide divulgar información confidencial y abstenerse de participar en caso de conflicto de intereses. La jurisprudencia norteamericana limita este deber incluso para el caso de que pueda existir un presunto conflicto de intereses a que se haya actuado de mala fe.

2.4.- Acción de responsabilidad

Para que estos deberes no queden en una mera declaración de buenas intenciones la LMV provee a la SAB y a sus accionistas de una acción por responsabilidad contra el consejo de administración por haber faltado al deber de diligencia o al de lealtad.

La LMV establece que podrá ejercerlo la propia SAB o los accionistas que representen por lo menos el 5% del capital social. El demandante podrá transigir en juicio el monto de la indemnización por daños y perjuicios siempre que previamente someta a la aprobación del consejo de administración de la sociedad. La falta de dicha formalidad será causa de nulidad relativa¹⁸.

Las acciones de responsabilidad prescriben en 5 años contados a partir del día en que se hubiere realizado el acto o hecho. Las personas que a juicio del juez hayan ejercido la acción con temeridad o mala fe, serán condenadas al pago de costas.

¹⁷ Al efecto, se considerará, salvo prueba en contrario, que se aprovecha o explota una oportunidad de negocio que corresponde a la sociedad o personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa, cuando el consejero, directa o indirectamente, realice actividades que: a) Sean del giro ordinario o habitual de la propia sociedad o de las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa. b) Impliquen la celebración de una operación o una oportunidad de negocio que originalmente sea dirigida a la sociedad o personas morales citadas en el inciso anterior. c) Involucren o pretendan involucrar en proyectos comerciales o de negocios a desarrollar por la sociedad o las personas morales citadas en el inciso a) anterior, siempre que el consejero haya tenido conocimiento previo de ello. *Vid* Artículo 35 de la LMV

¹⁸ Artículo 38 LMV

CONCLUSIONES

El movimiento del Gobierno Corporativo ha propugnado por la implementación de una serie de medidas para tratar de gobernar, dirigir y monitorear las grandes sociedades. Estas medidas son necesarias porque en las grandes sociedades se presentan *agency problems* que enfrentan a los accionistas entre sí; o a los accionistas con los administradores. En el presente trabajo analizamos medidas internas de la corporación que tienden a regular los deberes de los administradores para con la sociedad y los socios: el deber de diligencia y el de lealtad.

Estos deberes han sido regulados extensamente por la LMV y son aplicables a las sociedades anónimas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores, las SAB. La regulación proviene del derecho anglosajón y para una mejor comprensión es menester analizar la jurisprudencia Norteamericana. En términos generales el deber de diligencia consiste en participar informadamente en la toma de decisiones sociales; y el de lealtad no divulgar información privilegiada o confidencial y abstenerse de participar en caso de conflicto de intereses. La acción por responsabilidad está limitada por la regla del juicio de negocio y por la actuación de mala fe.

El deber de diligencia está limitado por el *Business Judgement Rule* (o regla del juicio de los negocios) de la doctrina anglosajona que prácticamente limita la responsabilidad a la mala fe y a una decisión no informada. La jurisprudencia de nuestro país vecino ha establecido que la responsabilidad solo opera en caso de fraude, ilegalidad, colusión y propósito deshonesto. Y aunque la decisión sea onerosa para la sociedad si se tomó la providencia de recabar la información pertinente, la administración queda exonerada. En otras palabras, el deber de diligencia aplica en caso de culpa grave. No aplica por una mala decisión de negocios si se tomó de manera informada. Y, en este sentido es importante tener en cuenta que las sociedades compiten en el mercado con otros actores y una decisión de negocios puede resultar fatal sin que por ello la administración incurra en negligencia; simplemente las condiciones del mercado pueden operar en contra. La positivización en nuestro ordenamiento jurídico –vía la LMV- obliga a los consejeros a informarse de los asuntos sociales; a requerir la presencia de directivos relevantes y expertos; así como solicitar el aplazamiento de las sesiones del consejo cuando un consejero no haya sido convocado. Tipifica como caso específico de negligencia – o falta al deber de diligencia- la no asistencia a las sesiones del consejo de administración; el ocultamiento de información al consejo; y, la infracción a los deberes legales y estatutarios de la sociedad.

El deber de lealtad es complementario del de diligencia impide a los socios participar en las decisiones sociales si tienen conflicto de intereses. No obstante la jurisprudencia norteamericana limita este deber aun en el caso de un aparente conflicto de intereses

cuando la decisión de haya tomado de acuerdo con la regla del negocio u no exista malversación o imprevisión. La LMV establece las líneas maestras de esta deber ordenando a los consejeros y al secretario del consejo guardar confidencialidad con respecto a la información social; y les ordena abstenerse de participar en un asunto en el que tengan conflicto de intereses. Para una mejor aplicación de este deber la LMV tipifica siete casos que van desde participar en votaciones en las que tienen conflicto de intereses; pasando por el uso de información y patrimonio sociales en beneficio propio; hasta la explotación y uso a favor propio y de terceros de la información privilegiada. Por último, la LMV contempla una acción específica por responsabilidad en caso de falta a los deberes de diligencia y de lealtad que consideramos de vital importancia para su efectivo cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

GALINDO SIFUENTES, E *Derecho Mercantil* 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2007

GUADARRAMA López, E.; *La Sociedad Anónima en el Derecho Mexicano. Consideraciones particulares sobre la Anónima Bursátil*; Editorial Porrúa; México, 2008

LARREA MARTÍNEZ, G y VARGAS GARCÍA, S *Apuntes de gobierno corporativo* Universidad Panamericana, Editorial Porrúa, Escuela Libre de Derecho, México 2007

NAVA VAZQUEZ, C “Mejores prácticas de gobierno corporativo en México y Estados Unidos: los deberes de lealtad y diligencia en la nueva ley del mercado de valores” en A QUINTANA y A ENVÍA (Coords) *Panorama Internacional de Derecho Mercantil, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Tomo 1 Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M “Fundamentos y antecedentes del régimen de información y transparencia en las sociedades cotizadas” en F. VIVES y J. PÉREZ-ARDÁ (Coords) *La sociedad cotizada*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2006