

Asesoría jurídica para el análisis y difusión de proyectos o iniciativas de ley
PRODUCTO 4

I. Análisis Jurídico Técnico con base en legislación nacional y buenas prácticas internacionales para incorporar gobierno corporativo

- a. Con base en el caso hipotético¹ que se utilizó para la estandarización del Doing Business en el 2019, se puntuó a Guatemala en una serie de indicadores. En aquellos en donde el país obtuvo la menor puntuación se centraron los esfuerzos para modificar y adecuar la legislación nacional y considerar prácticas internacionales favorables de gobierno corporativo

El Doing Business 2019 para Guatemala, específicamente el indicador de divulgación de información cuestiona en quién radica la decisión definitiva para aprobar una transacción (compra venta) en una sociedad (vale destacar que en esa transacción el accionista mayoritario y administrador, tenía interés en el asunto)

El Doing Business registró que se excluía de tal decisión definitoria a los socios interesados pero que si se incluía en ello a la Junta Directiva; al respecto es meritorio constatar lo regulado en los artículos 130 y 169 del Código de Comercio que preceptúan:

ARTICULO 130. Prohibición de Votar. El accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, no tendrá derecho a votar los acuerdos relativos a aquélla. Las acciones que se encuentren en tal situación, serán computadas para los efectos del quórum de presencia. El accionista que contravenga esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiese logrado la mayoría necesaria para la validez de la resolución.

ARTICULO 169. Interés del Administrador. El administrador que tenga interés directo o indirecto en cualquier operación o negocio, deberá manifestarlo a los

¹ Ver anexo 1 para las particularidades del caso

Asesoría jurídica para el análisis y difusión de proyectos o iniciativas de ley
PRODUCTO 4

demás administradores, abstenerse de participar en la deliberación y resolución de tal asunto y retirarse del local de la reunión. El administrador que contravenga esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad. De tal cuenta se existe prohibición expresa en nuestra legislación y se debe externar tal extremo para que se actualice la calificación de Guatemala en este específico punto.

- b. El Doing Business ubicó a Guatemala con un puntaje de 0 sobre 3 posibles puntos ante la interrogante de si era necesario que una entidad externa revisara los términos de la transacción que realizaría la sociedad antes de que esta se concretizara.

Con el objeto de mejorar en tal indicador se sugiere incorporar en el artículo 105 del Código de Comercio, dentro de los derechos de los accionistas el derecho a convocar auditorías externas en caso de que se realice una transacción que comprometa 10% o más del activo de la sociedad.

Por otra parte resultaría valioso también incorporar una modificación a la Ley de Mercado de Valores y Mercancías en el sentido de incorporar la obligación de las bolsas de comercio, agentes e instituciones auxiliares del mercado de valores de trasladar al Registro respectivo toda la información pertinente de un acto, contrato o transacción que implique 10% o más de sus activos, los cuales se estimarán según constancia extendida por contador o auditor debidamente autorizado.

- c. El indicador cuestiona si en caso de conflicto de interés entre el administrador o alguno de los socios y la sociedad se debe hacer de conocimiento este conflicto al órgano de administración. En este aspecto Guatemala puntaje 1 sobre 3 posibles porque si bien es cierto se debe manifestar el posible conflicto de interés, la legislación no prevé la obligación expresa de comunicar las razones del conflicto de interés ni la obligatoriedad de presentar documentación al respecto para poder analizar con propiedad la situación.

Asesoría jurídica para el análisis y difusión de proyectos o iniciativas de ley

PRODUCTO 4

En ese sentido se sugiere hacer una incorporación en el Código de comercio, específicamente en los artículos 130 y 169 para conferir mayor seguridad y profundidad a la obligación de informar sobre un posible conflicto de interés.

Se debiese prever la obligación de informar sobre las particularidades y especificaciones del conflicto de interés y proporcionar cualquier otra información o incluso documentación para poder favorecer el esclarecimiento del conflicto.

- d. También se cuestionó que en Guatemala no había legislación que estableciera la obligación de comunicar dentro de determinado plazo y/o de manera anual la realización una transacción comercial con un impacto económico significativo para la sociedad.

Al respecto se sugiere efectuar modificaciones específicamente en la Ley de Mercado de Valores en el sentido de establecer la obligación que en el caso de realizada una transacción, acto o contrato que implique 10% o más del valor de los activos, según constancia extendida por contador o auditor público, se deberá dar a aviso al registro de mercado de valores dentro de las 72 horas posteriores a perfeccionada la transacción y también de manera anual.

- e. Con relación al indicador de responsabilidad o *liability* se cuestionó la posibilidad de que accionistas que representan únicamente un 10% pudieran demandar por daños y perjuicios causados con ocasión de una transacción realizada por la sociedad que afectó a la misma.

Para poder incorporar disposiciones de índole de gobierno corporativo se hace meritoria la modificación del artículo 174 del Código de Comercio, en el sentido de permitir que la acción de responsabilidad se entable cuando al menos dos accionistas así lo requieran; ello independientemente del número de acciones que posean y el porcentaje de las mismas.

Asesoría jurídica para el análisis y difusión de proyectos o iniciativas de ley
PRODUCTO 4

- f. Otro elemento en el que Guatemala obtuvo la puntuación de cero sobre tres puntos posibles fue en la posibilidad de hacer responsable al administrador y accionista cuyo conflicto de interés en una transacción de la sociedad afectó a la misma.

Para poder solventar este vacío normativo se sugiere la modificación del artículo 169 del Código de Comercio que consigna el interés del administrador; en el sentido de incluye que aquel administrador que contravenga la disposición contenida en ese artículo u omite comunicarle a los socios de algún conflicto de interés que pudiera surgir de la celebración de un contrato, acto o transacción, será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad.

- g. Otro cuestionamiento efectuado a Guatemala surge del hecho de que si los accionistas hubieran tenido éxito comprobando un conflicto de interés o un proceder con mala fe en perjuicio de la sociedad, que remedios están disponibles para obtener reparaciones.

Al respecto el artículo 170 del Código de Comercio podría modificarse para incorporar la previsión de que si se constata que el administrador obtuvo algún beneficio por haber actuado de manera negligente o de mala fe en su gestión, debe reintegrar el patrimonio obtenido de esta manera. Esta medida pretende servir como un desincentivo para quien quiere aprovecharse con ocasión de su posición en determinadas transacciones pues evita el aprovechamiento o enriquecimiento indebido producto de estas acciones ilícitas o en contra de la ética y buenas prácticas empresariales.

- h. Uno de los principales problemas en cuanto a gobierno corporativo reside en los obstáculos que tienen los accionistas minoritarios para poder obtener documentación de la sociedad y poder efectuar revisiones y contrastes contables y operativos. La regulación nacional actualmente parece favorecer en este sentido a los accionistas

Asesoría jurídica para el análisis y difusión de proyectos o iniciativas de ley

PRODUCTO 4

mayoritarios. El cuestionamiento específico de que no era factible en Guatemala que un accionista que representara un 10% pudiera obtener documentación interna de la sociedad fue uno de los aspectos en los que del Doing Business puntuó desfavorablemente a Guatemala.

Para mejorar en este específico indicador, se sugiere una modificación al artículo 38 del Código de Comercio en el sentido de incorporar como derecho de los socios, independientemente del número de acciones que ostenten, el examinar la contabilidad y los documentos de la sociedad, bajo simple requerimiento de ello.

Lo anterior permitirá a que cualquier socio, incluso aquellos minoritarios tenga acceso en cualquier momento a documentación relevante para comprender a cabalidad el desempeño de la sociedad de la que es parte.

- i. En la misma línea que la literal anterior una limitación al gobierno corporativo fue identificada en la imposibilidad de socios minoritarios de convocar a una asamblea. En este sentido la reforma del artículo 141 del Código de Comercio resulta un mecanismo sencillo que de cualquier manera alcanza los objetivos buscados que son abrir la posibilidad a accionistas minoritarios a convocar asambleas para someter a consideración de todos los socios sus inquietudes e ideas.

El artículo 141 del Código de Comercio establece la posibilidad de que los accionistas que representan el 25% de las acciones el derecho a pedir a los administradores, en cualquier momento, la convocatoria a una asamblea general de accionistas. Si ese porcentaje es reducido se permite que efectúen la convocatoria accionistas minoritarios y con ello se propende a adoptar una norma congruente con el gobierno corporativo que redundará en un mejor puntaje en el Doing Business y por ende un mejor posicionamiento del país a nivel de negocios y competitividad.

II. Borrador de propuestas de reforma a la legislación nacional

Asesoría jurídica para el análisis y difusión de proyectos o iniciativas de ley

PRODUCTO 4

Luego de las modificaciones, incorporaciones y reformas sugeridas en el apartado anterior, los artículos del Código de Comercio quedarían de la siguiente manera:

ARTICULO 38. Derechos de los Socios.

Son derechos de los socios, además de los consignados en otros preceptos de este Código, los siguientes:

1° Examinar por sí o por medio de los delegados que designen, la contabilidad y documentos de la sociedad, así como enterarse de la política económico-financiera de la misma en la época que fije el contrato *o cuando algún socio, independientemente de su porcentaje de participación, así lo requiera,*

, por lo menos, dentro de los quince días anteriores a la fecha en que haya de celebrarse la junta general o asamblea general anual. Este derecho es irrenunciable. En las sociedades accionadas, este derecho se ejercerá de conformidad con el artículo 145 de este Código.

2° Promover judicialmente ante el juez de Primera Instancia donde tenga su domicilio la sociedad, la convocatoria a junta general o asamblea general anual de la sociedad, si pasada la época en que debe celebrarse según el contrato o transcurrido más de un año desde la última junta o asamblea general, los administradores no la hubieren hecho. El juez resolverá el asunto en incidente, con audiencia de los administradores.

3° Exigir a la sociedad el reintegro de los gastos en que incurran por el desempeño de sus obligaciones para con la misma.

4° Reclamar contra la forma de distribución de las utilidades o pérdidas, dentro de los tres meses siguientes a la junta general o asamblea general en que ella se hubiere acordado. Sin embargo, carecerá de ese derecho el socio que la hubiere aprobado con su voto o que hubiere empezado a cumplirla.

5° Adquirir por el tanto la parte de capital del consocio facultado para enajenarla. El término para hacer uso de tal derecho será de treinta días contados desde la fecha en que se concedió la autorización. Este derecho no es aplicable a los accionistas de sociedades por acciones.

6° Los demás que determine la escritura social.

Asesoría jurídica para el análisis y difusión de proyectos o iniciativas de ley
PRODUCTO 4

Artículo 105 Derechos de los Accionistas

La acción confiere a su titular la condición de accionista y le atribuye, como mínimo, los siguientes derechos:

1° El de participar en el reparto de las utilidades social y del patrimonio resultante de la liquidación.

2° El derecho preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones.

3° El de votar en las asambleas generales.

4° El de convocar auditorías externas en caso de que la sociedad realice una transacción que comprometa 10% o más del activo de la sociedad.

Estos derechos se ejercitarán de acuerdo con las disposiciones de este Código y no afectan cualesquiera otros de los establecidos a favor de clases especiales de acciones.

ARTICULO 130. Prohibición de Votar.

El accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, *deberá rendir informe a con las particularidades y especificaciones del conflicto de interés y proporcionar cualquier otra información o documentación necesaria para dilucidar el conflicto. Asimismo no tendrá derecho a votar los acuerdos relativos a aquélla. Las acciones que se encuentren en tal situación, serán computadas para los efectos del quórum de presencia. El accionista que contravenga esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiese logrado la mayoría necesaria para la validez de la resolución.*

ARTICULO 141. Mínimo para Convocar a Asamblea General.

Los accionistas que representen por lo menos el *diez* por ciento (10%) de las acciones con derecho a voto, podrán pedir por escrito a los administradores, en cualquier tiempo, la convocatoria de una asamblea general de accionistas, para tratar de los asuntos que indiquen en su petición. Si los administradores rehusaren hacer la convocatoria o no la hicieren dentro de los quince días siguientes a aquel en que hayan recibido la solicitud,

Asesoría jurídica para el análisis y difusión de proyectos o iniciativas de ley
PRODUCTO 4

los accionistas podrán proceder como lo determina el artículo 38, inciso 2° de este Código.

ARTICULO 169. Interés del Administrador.

El administrador que tenga interés directo o indirecto en cualquier operación o negocio, deberá manifestarlo a los demás administradores, *deberá rendir informe a con las particularidades y especificaciones del conflicto de interés y proporcionar cualquier otra información o documentación necesaria para dilucidar el conflicto*, abstenerse de participar en la deliberación y resolución de tal asunto y retirarse del local de la reunión. El administrador que contravenga esta disposición, *u omite comunicarle a los socios algún conflicto de interés o afectación a la sociedad que se produciría por la celebración de algún operación o negocio, será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad bien por haber omitido información, por haber sido negligente o por haber actuado de mala fe.*

ARTICULO 170. Beneficios Ajenos a los Negocios Sociales.

Todo administrador que por razón de serlo derive alguna utilidad o beneficio personal ajeno a los negocios sociales, deberá manifestarlo al consejo de administración o a la asamblea general en el caso de ser administrador único, para que se tomen las resoluciones pertinentes. *De no hacerlo o de constatarse que el administrador obtuvo beneficios por un proceder negligente o de mala fe en algún acto, contrato o transacción de la sociedad, será obligado a reintegrar al patrimonio de la sociedad tal beneficio o utilidad y además será removido de su cargo.*

ARTICULO 174. Acción de Responsabilidad.

La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará *cuando al menos dos accionistas lo soliciten, independientemente el número de acciones que posean y así lo manifiesten en asamblea general. La acción de responsabilidad puede ser adoptada aunque no conste en la agenda de la sesión. La propia asamblea designará a la persona que haya de ejercer la acción en nombre de la sociedad. Si ésta no entablare la acción*

Asesoría jurídica para el análisis y difusión de proyectos o iniciativas de ley
PRODUCTO 4

dentro de los dos meses siguientes al acuerdo, cualquier accionista podrá, en defecto del nombrado, entablar acción a nombre de la sociedad. Sólo podrá renunciarse al ejercicio de esa acción, desistirse de ella o celebrarse transacción al efecto, mediante acuerdo de una asamblea general adoptado por una mayoría *del ochenta y cinco por ciento (85%)* de las acciones con derecho a voto. El acuerdo de promover acción de responsabilidad contra uno o varios de los administradores, causa de pleno derecho la remoción de los mismos, aunque posteriormente se disponga celebrar transacción con ellos.

En el caso de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías las sugerencias efectuadas se plasman a continuación:

ARTICULO 80.- CONTROL DE JURIDICIDAD.

Corresponde al registro, de conformidad con esta ley y aquellos preceptos que la desarrollen, el control de juridicidad de los actos y contratos realizados o celebrados por las bolsas de comercio, los agentes e instituciones auxiliares del mercado de valores.

Las bolsas de comercio, los agentes e instituciones auxiliares del mercado de valores deberán, previo a realizar una transacción o contrato que implique 10% o más de sus activos, establecidos estos según constancia extendida por contador o auditor público autorizado, trasladar toda la información de la transacción, contrato o acto con el objeto que el Registro determine la juridicidad del mismo. En caso de omisión de lo preceptuado en el presente artículo se procederá conforme el artículo 82 de esta ley.

ARTICULO 80 Bis .- JURIDICIDAD DE ACTOS, CONTRATOS Y TRANSACCIONES.

Dentro de las 72 horas de realizado un acto, transacción o contrato que implique 10% o más del valor de los activos de una bolsa de comercio, agente o institución auxiliar del mercado de valores, según lo determinado por contador o auditor público autorizado, estas deberán dar aviso al Registro del Mercado de valores del acto realizado, para que este proceda a efectuar el control de juridicidad previsto en el artículo 80 de la ley. El informe aludido deberá incluir la descripción de los activos a incluir, el monto pagado,

Asesoría jurídica para el análisis y difusión de proyectos o iniciativas de ley
PRODUCTO 4

la persona de quien compró y si existe algún tipo de vinculación entre el comprador y el vendedor.

ARTICULO 80 TERA.- CONTROL ANUAL DE JURIDICIDAD DE ACTOS, CONTRATOS Y TRANSACCIONES.

Para el correcto desarrollo de la vigilancia y fiscalización de las bolsas de comercio, agentes e instituciones auxiliares del mercado de valores, estas deberán comunicar al Registro de Mercado de Valores, de manera anual y dentro de los primeros treinta días hábiles del año, todos aquellos actos, contratos y transacciones que hayan realizado en el año anterior y cuyo monto sea igual o mayor al 10% de sus activos según constancia extendida por contador o auditor autorizado. El informe aludido deberá incluir la descripción de los activos a incluir, el monto pagado, la persona de quien compró y si existe algún tipo de vinculación entre el comprador y el vendedor.