

NOTAS AL REGIMEN DE FISCALIZACION INTERNA PREVISTO PARA LAS SOCIEDADES ANONIMAS

Oswaldo Hundskopf E.

Abogado. Profesor de Sociedades en la Facultad de Derecho y C.C.P.P. de la Universidad de Lima

Aun cuando en la doctrina existen diversos criterios para agrupar a los derechos mínimos de los accionistas, tales criterios son uniformes en considerar que el derecho de fiscalización de los negocios sociales es un derecho de carácter administrativo y pacífico.

En nuestra Ley General de Sociedades, el citado derecho está previsto de un modo general en el inciso 3) Artículo 109º; cuando precisa que la acción confiere a su titular legítimo el derecho a fiscalizar en la forma establecida en la ley y el estatuto, la gestión de los negocios sociales. Siguiendo en este tema al Dr. Ulises Mantoya Manfredi (1) muchos preceptos de la Ley dan contenido específico al derecho de fiscalización que de un modo general está contenido en el mencionado inciso 3); y en ese sentido dicho Maestro señaló el caso de los Artículos 122º, 123º inc. 1), 132º, 136º, 142º, 254º y 323º de la Ley de Sociedades Mercantiles, artículos que conservan la misma numeración y el mismo texto en la hoy denominada Ley General de Sociedades.

Ahora bien, en lo concerniente a los alcances del citado derecho de fiscalización, es pertinente resaltar que su ejercicio está condicionado o limitado a la forma establecida en la ley y en los estatutos, no siendo pues un derecho ilimitado o ilimitado del accionista. En tal sentido, los accionistas pueden ejercer la fiscalización a través de su participación en el órgano social de máxima jerarquía cual es la Junta General de Accionistas y dentro de los límites expresamente señalados en la Ley. Por ejemplo, el citado Artículo 132º establece que únicamente desde el día de publicación de la convocatoria a Junta General de Accionistas, los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la Junta, (adviértase que no pueden referirse a temas no previstos en la Agenda), estarán a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad. Asimismo, dicho artículo señala que los accionistas pueden solicitar, antes de la Junta, se entienda que necesariamente a partir de la convocatoria, o en ella, los informes y explicaciones que juzguen necesarios, habiéndose previsto inclusive que el Directorio podrá rehusarse a

proporcionar la información cuando juzgue que la publicidad de los datos solicitados puede perjudicar los intereses sociales, (criterio que en la práctica puede resultar muy amplio o ambiguo) excepto cuando la solicitud de información esté apoyada por accionistas presentes en la Junta y que representen al menos la cuarta parte del capital pagado. De no existir el Artículo 132º, cualquier accionista, con prescindencia del número de acciones que posea y en cualquier momento del ejercicio económico, podría solicitar información o documentación, y ello llevaría a la situación externa en la cual el Directorio y la Gerencia tendrían que ocupar la mayoría de su tiempo en atender a los accionistas, desviándose de sus actividades y funciones que le son propias a su cargo y al objeto social. López Bancalari, citado por el tratadista argentino Rivarola (2) señala que "no es posible concebir el funcionamiento de esta especie de sociedades si se reconociera a cada socio el derecho de controlar por sí mismo la gestión de los administradores de la sociedad. Tal derecho, ejercido por los miles de socios que a veces cuenta una de estas sociedades, imposibilitaría materialmente la marcha de la sociedad aparte que destruiría por su base una de las condiciones esenciales para el buen éxito de las operaciones comerciales: el secreto de las mismas".

Adicionalmente a la fiscalización directa que puede ejercer todo accionista en aplicación del inciso 3) del Artículo 109º, y otros artículos pertinentes, existe la fiscalización de las sociedades anónimas en general y del órgano especial instituido para la vigilancia, verificación y control de las operaciones sociales. Cabe señalar que los métodos de fiscalización de las sociedades anónimas han sido consagrados en nuestra Ley General de Sociedades como mecanismos destinados a ofrecer una adecuada protección a los accionistas minoritarios. En efecto, cuando la Ley establece la representación de los socios minoritarios en el directorio, la creación del Consejo de Vigilancia o cuando dispone que la sociedad tenga auditoría externa permanente a cargo de contadores públicos colegiados lo hace para cumplir tal finalidad. A manera de confirmación de lo expuesto, la

Exposición de Motivos del proyecto sobre Sociedades Comerciales (3) señala que "entre los medios de protección a las minorías, la legislación comparada ofrece varios sistemas, como son el de su representación en el Directorio; la creación de un órgano de vigilancia y control de la gestión del Directorio y el control externo por auditores contables. El proyecto propuso la creación de un órgano de vigilancia y control que funcione cuando la minoría no tiene representación en el Directorio, con el objeto de ejercer la supervisión de la gestión social".

Retomando al tema de la fiscalización, resulta importante mencionar que en nuestro país y en muchos otros países existe de un lado, una fiscalización interna privada que se desarrolla por órganos propios (en el Perú denominado Consejo de Vigilancia) dentro del seno de la sociedad, y de otro, una fiscalización externa, oficial, que la trasciende, y que la realizan autoridades o entidades oficiales vinculadas al gobierno. En esta oportunidad nos vamos a circunscribir a comentar la fiscalización interna o privada.

En primer lugar, es necesario distinguir con claridad lo que constituye la gestión social propiamente dicha, de la fiscalización y supervisión de la misma, lo que conlleva a una inmediata diferenciación entre el órgano de gestión y el órgano de vigilancia, lo cual nos permitirá determinar la independencia y el campo de acción de cada órgano social. Parecería en consecuencia que las funciones inherentes a los órganos de vigilancia se circunscriben al control del órgano de gestión y no a una labor de co-gestión, sin embargo, la realidad no es necesariamente así, ya que, por ejemplo, en el caso de nuestro ordenamiento legal, de conformidad con el Artículo 201° de la Ley, el Consejo de Vigilancia no podrá tener atribuciones de gestión o administración, no obstante dicho Artículo permite que el Estatuto pueda establecer que determinadas clases de negocios sólo se realizarán con la aprobación del Consejo.

Conforme señala Broseta Pont (4), en todas las legislaciones se completa la tríada de órganos sociales, mediante un tercero encargado de controlar, vigilar y revisar de forma directa o indirecta la actuación de los administradores, comprendiendo esa tríada el órgano soberano de decisión, el órgano de gestión, y el órgano de fiscalización.

En lo concerniente a la fiscalización privada y al control del órgano de administración, es menester señalar que no siempre dicha fiscalización se hace a través de un órgano colegiado como es el caso de nuestro país. A manera de ejemplo, podemos citar el caso concreto de la Ley de Sociedades Española, según la cual los denominados Censores de Cuentas integran un órgano de intervención no colegiado, razón por la cual cada censor debe actuar independientemente, lo que equivale a señalar que aunque el número de miembros sea plural, cada censor actúa en forma individual sin asumir ningún tipo de responsabilidad solidaria. Al respecto, el tratadista español Rodrigo Urua (5) puntualiza que si bien, a diferencia de otras legislaciones, en España no se ha instituido un órgano colegiado, ha establecido por el contrario un sistema original de revisión y vigilancia en el que la censura de cuentas se encomienda por la Junta General en la que se aprueban las cuentas del ejercicio anterior, a dos accionistas titulares y dos suplentes que no cesan en sus funciones sino hasta el momento en que sean aprobadas las cuentas del siguiente ejercicio. En este caso el accionista que es designado censor de

cuentas no desempeña su función en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios, ni tampoco como un mandatario. En el desempeño de su cargo, el censor tiene como primera obligación realizar un examen de la contabilidad para apreciar si las cuentas y la memoria presentada por los administradores, representan exactamente la situación económica de la compañía y para determinar si se han observado o no las exigencias de la ley, en cuanto a la estructura legal del balance, el criterio de valoración de los elementos del activo y el esquema legal del estado de pérdidas y ganancias. Su segunda obligación consiste en la redacción de un Informe por escrito en el plazo de 30 días, sobre los documentos sometidos por los administradores para su consideración y examen.

A diferencia de la legislación española, en otros países la fiscalización interna se realiza a través de un órgano colegiado. En el caso de la legislación argentina, la fiscalización interna se hace mediante los síndicos que integran la denominada Sindicatura. Los síndicos podrían ser definidos como aquellas personas que controlan permanentemente la administración de la empresa, como delegados de los accionistas, debiendo rendir cuenta, a ellos, de los resultados obtenidos. La ley argentina, al tratar sobre la organización y funcionamiento de la Sindicatura, se remite a las disposiciones que regulan al Directorio, señalando como su atribución principal la del control permanente de la gestión realizada por dicho órgano social. Una de las innovaciones de la ley de Sociedades Argentina es la de haber otorgado a la minoría participación en el otorgamiento de los consejeros.

En el caso de la ley Francesa, la fiscalización se materializa a través de los Commissaires de Surveillance que son los encargados de informar a la asamblea del siguiente año sobre la situación de la sociedad. Por su parte la Ley Belga determina un órgano permanente de fiscalización con atribuciones muy limitadas. La ley Alemana establece que el Consejo de Vigilancia controlará la gestión de los negocios sociales sin funciones de administración, sin embargo le otorga considerables prerrogativas, como por ejemplo, convocar a Asamblea cuando lo estime necesario. De otro lado, en Inglaterra el sistema de fiscalización es externo, existen los llamados auditores que son personas nombradas por la asamblea cada año para la verificación de cuentas e informes sobre la contabilidad en general. En el caso que tales personas no acepten la designación, el Board Of Trade tiene la obligación, a pedido de 5 accionistas, de nombrar uno. Los Auditores son contadores profesionales que son contratados para examinar la contabilidad ampliamente hasta el origen de cada operación. Este sistema ha dado buenos resultados debido a la difusión de dicha profesión y la confianza que inspira la preparación reservada y honestidad de esos profesionales, a quienes en definitiva se confían los secretos del negocio.

En el caso del sistema peruano se ha optado por la fiscalización colegiada a cargo de un órgano denominado consejo de vigilancia cuya regulación se encuentra en la Ley General de Sociedades, en un capítulo dedicado exclusivamente al Consejo de Vigilancia que va desde el Artículo 188° al 207°. La ley obliga la creación de un Consejo de Vigilancia para todas aquellas sociedades anónimas que tengan más de 50 accionistas o que posean un capital social no menor de 20 millones de soles, salvo que su directorio hubiera sido elegido por unanimidad o con participación de los accionistas minoritarios o cuando tenga auditoría externa pema-

nente a cargo de contadores públicos colegiados. Ahora bien, si una sociedad recurre a la oferta pública de sus acciones, sin importar el monto del capital que tenga, ni el número de accionistas, está obligado a formar el Consejo de Vigilancia, salvo que tuviese auditoría externa permanente.

En lo que se refiere a los miembros del Consejo de Vigilancia, el número de ellos debe ser fijado en el Estatuto, estableciéndose un mínimo de tres miembros con un suplente para cada uno de ellos. Su nombramiento y remoción le compete a la Junta General Ordinaria de Accionistas. El sistema de elección para sus miembros es en principio el del voto acumulativo previsto en el Artículo 158° de la Ley para la elección del Directorio, sin embargo, cabe señalar que este sistema no es obligatorio, ya que el estatuto social puede establecer cualquier otro sistema de elección, siempre y cuando la participación de la minoría no sea inferior a la que resulte de aplicar el sistema del citado Artículo 158°.

En nuestra Ley General de Sociedades se ha establecido que el cargo de los miembros de Consejo de Vigilancia es absolutamente personal e insustituible ya que no se puede desempeñar mediante apoderado ni puede ejercerlo una persona jurídica, a diferencia del caso del Gerente, en que la Ley expresamente admite la posibilidad de que sea ejercido por una persona jurídica y de los directores, que si bien la ley no establece expresamente que una persona jurídica pueda ocupar el cargo de director, no lo prohíbe, como sucede en el caso de los miembros del Consejo de Vigilancia.

En cuanto a las funciones del Consejo de Vigilancia, cabe citar la tesis universitaria presentada por la ex alumna de la Universidad de Lima, Katiuska Tomasevich Huerta, titulada "Análisis del Consejo de Vigilancia dentro de la Sociedad Anónima Peruana" en la cual distingue entre cuatro diferentes tipos de facultades, a saber:

a. Facultades de Información:

Son aquellas que se reflejan en los poderes de información como son la facultad de solicitar al directorio informaciones económicas y financieras, y explicaciones acerca de las operaciones realizadas y sobre el cumplimiento del estatuto y los acuerdos de la Junta General y del propio directorio, la facultad de disponer cuando lo crea conveniente, la realización de auditorías contables, la atribución de asistir individualmente o colectivamente a las reuniones de la Junta General con voz pero sin voto y la facultad de disponer que en el orden del día de las sesiones de la Junta General y del directorio se inserten los asuntos que consideren convenientes. Asimismo, la facultad de convocar al Directorio en el caso que el presidente de tal órgano incumpla con hacerlo dentro de los plazos señalados en el estatuto, cuando sea necesario para el interés social o cuando lo solicite cualquier director o miembro del Consejo de Vigilancia. También la facultad de solicitar al gerente cualquier tipo de información sobre los negocios, los que deben ser veraces o de lo contrario dicho funcionario incurrirá en responsabilidad. Por otro lado, se le otorga la facultad de poder solicitar copia certificada de cualquier reunión de los miembros del directorio, y en caso no se la facilitara pueden incluso, por medio de diligencia preparatoria, solicitar la exhibición judicial del acta.

b. Facultades generales de vigilancia:

Verificar la constitución y subsistencia de las garantías que estuvieren obligadas a prestar los directores y gerentes en su caso, vigilar que los fondos en caja, en bancos, y los valores y títulos de la sociedad, o los que estén en custodia o en garantía, estén debidamente salvaguardados, verificar la existencia, regularidad y veracidad de los libros que la ley ordena llevar a la sociedad, verificar la realización de las inscripciones en el Registro Mercantil y de las publicaciones que la ley ordena, verificar la existencia y valorización de los aportes no dinerarios que se realicen durante el período de su gestión, vigilar el curso de los juicios de responsabilidad que siga la sociedad contra los directores y gerentes, vigilar y "fiscalizar" las operaciones de liquidación social y solicitar al Juez de la sede social la declaración de disolución de la sociedad y el nombramiento de los directores en el caso que la mayoría exigida por la ley o los estatutos no pudiera reunirse. También la facultad de proponer a la Junta General la remoción de aquel director que teniendo interés contrario al de la sociedad no se hubiere abstenido de participar en la deliberación y resolución de tal asunto informado de este modo. Asimismo el Consejo de Vigilancia debe presentar un informe a la junta general del cumplimiento de sus funciones durante el ejercicio, así también deberá formular sus observaciones sobre el informe del directorio, las cuentas del ejercicio, así como de las irregularidades percibidas en las actividades sociales o las que le hubieren sido denunciadas debiendo contener dicho informe todas las comprobaciones efectuadas, medidas adoptadas y resultados obtenidos acerca de las denuncias planteadas al Consejo de Vigilancia.

c. Facultades particulares o específicas:

La Ley confiere al Consejo de Vigilancia atribuciones particulares que, al permitirle participar en el funcionamiento de la sociedad, atenúan las diferencias que en principio la convierten en un órgano opuesto a los otros órganos sociales. Estas atribuciones son variadas, unas consisten en poderes de autorización como son aprobar expresamente el crédito o préstamo por la sociedad, así como las garantías que se otorgan a los directores gerentes o apoderados de la misma, de sociedades vinculadas a la empresa o a los cónyuges, ascendientes, descendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, salvo que se trate de operaciones que la sociedad normalmente celebra con terceros, autorizar, si el estatuto lo señala, determinadas clases de negocios que pretenda llevar a cabo el Directorio y si el estatuto llegara a establecer tal situación, el Consejo de Vigilancia excedería en mucho la misión fiscalizadora propiamente dicha, para ingresar en la co-administración, a través de esta especie de derecho de veto que la ley le reserva. Denegada tal autorización, el directorio podrá someter dicho acto o negocio a la decisión de la Junta General. Asimismo cuenta con poderes de decisión, ya que puede decidir la creación en su seno de comisiones especiales para la preparación de sus acuerdos o la vigilancia de su cumplimiento. Finalmente, en el caso de haber observado o sido informado de alguna irregularidad dentro del funcionamiento de la sociedad, puede decidir qué medidas tomar frente a tales situaciones, subsistiendo siempre la obligación de informar de tales hechos a la Junta General en el informe anual que, debe rendir al órgano máximo de la sociedad.

Luego de este breve análisis de la regulación del Consejo de Vigilancia y de una contrastación con la realidad vigente en nuestro país, estamos en capacidad de afirmar que la aplicación del Consejo de Vigilancia en el Perú, es inoperante e inútil. En primer lugar, como consecuencia de un desconocimiento generalizado acerca de la institución y de una inadecuada regulación que permite optar por otros sistemas de fiscalización como son la auditoría externa y la del Directorio elegido con participación de los minorías. En segundo lugar por que los hechos nos demuestran que en el Perú más del 90% de las sociedades anónimas tienen la estructura de sociedades cerradas, en las cuales un reducido número de accionistas que se vinculan por lazos de amistad o de confianza, desempeñan ellos mismos los cargos de Directores o de Gerentes, resultando pues absurdo que se constituya un Consejo de Vigilancia para la fiscalización interna de estas sociedades, que son la mayoría en nuestro país y que adoptan la modalidad de sociedad anónima únicamente por las ventajas de la responsabilidad limitada que ella ofrece. En este tipo de sociedades, como son las sociedades anónimas cerradas, existe una perfecta asociación del capital y la gestión, razón por la cual la creación de un Consejo de Vigilancia en su organización interna carecería de sentido, ya que la implantación de este órgano en las diferentes legislaciones obedece al reconocimiento del fenómeno económico de la separación entre el capital y la gestión, la cual si se produce en las Sociedades Anónimas Abiertas, y que por ende ameritan un sistema de vigilancia para supervisar personalmente la actuación de los directores, supliendo de esta manera las deficiencias que se originan de esta separación.

En lo que se refiere al tema de sociedades anónimas abiertas y cerradas, no obstante ser un tema de gran importancia, nuestra Ley General de Sociedades, no se ocupa de regular su funcionamiento habiéndose rezagado en modernidad con respecto a las Leyes de Sociedades de otros países que sí tratan dicho tema. En nuestro país la regulación de las Sociedades Anónimas Abiertas se ha realizado a través de normas administrativas y decretos supremos que al pretender regularlas, lo han hecho de espaldas a la Ley General de Sociedades, justamente como consecuencia de la carencia de una legislación general adecuada al interior de la Ley General de Sociedades. El mejor ejemplo de ello es el caso del D.S. N° 089-87-EF que regula la oferta pública de valores mobiliarios. En efecto, la regulación de las sociedades anónimas abiertas, que por primera vez se efectúa en forma expresa, se hace infringiendo una serie de normas de la Ley General de Sociedades. El Artículo 32° de dicho decreto prescribe la necesaria existencia en las sociedades anónimas abiertas de un Consejo de Vigilancia, elegido en votación secreta, y en el que debe estar representada la minoría. A diferencia de la Ley General de Sociedades, este decreto obliga indistintamente a las sociedades anónimas abiertas a constituir un Consejo de Vigilancia, sin poder optar por otro tipo de fiscalización como es la auditoría externa.

Al respecto, cabe señalar que este Decreto Supremo define como sociedades anónimas abiertas, a las que tengan sus acciones ordinarias inscritas en Bolsa y además que el 30% como mínimo de su capital social se encuentre difundido entre el público. Para estos efectos se entiende como el público a un número mínimo de 50 accionistas que individualmente no posea más del 3% del capital social (6).

A manera de conclusión debemos señalar que la imposición de la fiscalización interna de la sociedad a través de un órgano colegiado, como es el Consejo de Vigilancia, resulta imprescindible y significativo en las sociedades anónimas abiertas. En las sociedades anónimas cerradas, como ya hemos mencionado anteriormente, carece de sentido, por la misma estructura interna de estas sociedades en las que todos los socios mantienen la afectio societatis, hay un predominio de intuitus personae y el capital y la gestión van asociados. Para lograr una adecuada aplicación del Consejo de Vigilancia, será necesario en primer lugar: definir lo que es una sociedad anónima abierta dentro de un título especial en la Ley General de Sociedades y luego para conseguir la difusión de estas sociedades se les deberá incentivar con beneficios tributarios y crediticios. Una vez que se haya logrado la expansión de la sociedad anónima abierta, se podrá poner en aplicación, el sistema de fiscalización interna a través del Consejo de Vigilancia, imponiendo su creación en estas sociedades abiertas en las que existe una separación total del capital y la gestión, para que dicho órgano social supervise la actuación de los directores y sirva efectivamente como un mecanismo de la protección de accionistas minoritarios, que es una de las razones por las cuales fue creado.

CITAS:

- (1) Mantoya Manfredi, Ulises, Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles, primera edición, 1967 pág. 208
- (2) Rvaroa Morla A, Sociedades Anónimas, Editorial "El Ateneo 1957" pág. 71.
- (3) Exposición de Motivos del Proyecto sobre Sociedades Comerciales, Elaborado por la Comisión Reformadora del Código de Comercio creada por Ley N° 6600
- (4) Brasela Port, Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, 1983, pág. 263.
- (5) Uña, Rodrigo, Derecho Mercantil, pág. 268
- (6) D.S. N° 089-87-EF Reglamento de la Oferta Pública de Valores Mobiliarios, publicado el 9 de abril de 1987 en el diario oficial "EL PERUANO".

NOTA DE REDACCION:

El presente artículo nos fue entregado en 1990