

# **Derecho Comercial**

## **El control de las Sociedades Anónimas**

**Por el Doctor ANDRES LEON MONTALBAN,**

**Catedrático de la Universidad Católica,**

**Presidente del Instituto Peruano de Derecho Comercial, Marítimo y Aéreo.**

Es la sociedad anónima, entre los tipos de asociación mercantil, la que demanda en la actualidad preferente atención del legislador en virtud de sus especiales características.

El principio de limitación de responsabilidad y la representación del capital por acciones cesibles por su propia naturaleza, han contribuido, indudablemente, a su democratización. Es que la sociedad anónima permite la participación del pequeño capital, incluso del proveniente del ahorro particular, en los beneficios que reporta la gran empresa constituida por ingentes capitales y de larga duración. El pequeño capital ingresa de este modo —y con posibilidad en la obtención de magníficos rendimientos— en la gran corriente del mundo de los negocios.

Sin embargo, y como contrabalanceando este magnífico matiz, ha sido frecuente observar, en todas partes, que la sociedad anónima, debido a las imperfecciones propias del criterio ampliamente liberal en que ha desenvuelto la esfera de sus actividades, ha presentado, también, serios inconvenientes para el pequeño capital, defraudando sus legítimos intereses y produciendo —como lógica reacción— la abstención, en muchos casos, de una participación indispensable para el armónico desarrollo de las fuentes económicas. En efecto, gran número de acciones se suscriben con el solo propósito de realizar con ellas operaciones bursátiles de especulación, sin tener en cuenta, siquiera en forma mediata, el desenvolvimiento real de la empresa; y de otro lado, los pequeños accionistas, casi por regla general, se desvinculan de las asambleas generales, órganos supremos de la administración social, tanto por su falta de conocimientos comerciales o financieros que les permitan apreciar los resultados de la empresa, cuanto porque siendo su interés en ella muy reducido, no se justificarían los esfuerzos y gastos que demandaría el examen exhaustivo de las operaciones realizadas y de las cuentas presentadas por los Consejos de Administración.

Es en atención a estas circunstancias, que dejamos someramente expuestas, que se viene manifestando una marcada tendencia hacia la intervención estatal, a fin de establecer una eficiente regulación de las sociedades anónimas, que permita la defensa de los respetables intereses comprometidos en este tipo de asociación mercantil.

No obstante, y a fin de delinear claramente el problema a abordarse, debemos recalcar que la intervención estatal en la época actual no es de idéntico carácter a la manifestada en otros tiempos. La intervención estatal durante lo que podríamos llamar primera etapa histórica de la sociedad anónima —intervención concordante con la forma de gobierno imperante, o sea la monarquía absoluta con la única excepción de Inglaterra— tenía por objeto, exclusivamente, reconocer su existencia; ya que dichas sociedades eran generalmente asociaciones privadas dedicadas a empresas de interés público, especialmente a servicios colonizadores, convirtiéndose en instrumentos eficaces de la política colonialista de los Estados. La intervención actual tiene una finalidad distinta, cual es la de proteger los intereses de los suscritores de acciones de los posibles abusos de los fundadores o administradores de la sociedad, garantizando de este modo la inversión de capitales en el desarrollo de la industria y del comercio, y evitando, así, la restricción en el crédito y en la iniciativa privada.

Jamás existió control en la organización y funcionamiento de las sociedades anónimas. El contrato social, en virtud de la arraigada concepción individualista del derecho, por ser la expresión de la voluntad de las partes, es la única fuente de las obligaciones. En estos principios de amplia libertad contractual se inspiraron casi todas las legislaciones, incluso la nuestra. En la Exposición de Motivos del Código de Comercio se expresa: "En esos principios se ha inspirado el nuevo Código al ordenar todo lo relativo a las diversas maneras de constituirse las sociedades mercantiles, cuyos principios pueden resumirse en estos tres: libertad amplia en los asociados para constituirse como tengan por conveniente; **ausencia completa de la intervención gubernativa en la vida interior de estas personas jurídicas**; publicidad de los actos sociales que puedan interesar a tercero".

En la actualidad son muchos los países en los cuales se regula de manera diferente la sociedad anónima, ejercitándose un control estatal sobre ellas, control tendiente a evitar no sólo los fraudes a que dá lugar su constitución, sino también aquellos provenientes de la autoridad omnimoda de las juntas generales, en las que deciden siempre los mayores accionistas o los directores, adoptando resoluciones favorables al interés de un grupo de accionistas, con perjuicio de los restantes. Y es que hoy la sociedad anónima no puede ser considerada exclusivamente como un contrato, sino que tiene que ser contemplada desde un punto de vista más real, que concuerde con los justos principios que el interés social reclama, es decir, tiene que ser considerada como una institución derivada de un contrato, y como tal requiere de una regulación en que concilien armónicamente los intereses particulares y los generales.

Es así como en algunos países, Chile y Colombia entre otros, se crearon Inspecciones o Superintendencias de Sociedades Anónimas que desempeñan un rol capital en la constitución y funcionamiento de sociedades de esta clase. La sociedad anónima requiere para su constitución el permiso de la Inspección o Superintendencia, quien tiene facultad para revocar la autorización concedida, ya sea cuando la entidad pierde el cincuenta por ciento de su capital, o cuando no puede llenar sus fines.

La ley colombiana acuerda a la Superintendencia de Sociedades Anónimas la facultad de hacer visitas para constatar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, la forma de llevar la contabilidad, la sinceridad de los balances y la efectividad del capital social. Establece, también, responsabilidad solidaria e ilimitada para los promotores,

gestores o gerentes por todos los actos que tiendan a burlar la ley o defraudar a los accionistas.

La ley chilena N° 4404, que creó la Inspección General Fiscal de Sociedades Anónimas y Operaciones Bursátiles, dispone que la constitución de sociedades anónimas estará precedida de la publicación de folletos que especifiquen el objeto de la sociedad, a fin de constatar la solvencia y posibilidad de sus operaciones, protegiéndose de este modo, y de manera eficaz, a los suscritores de acciones de posibles fraudes. La Inspección puede también constatar los balances, dar reglas generales para su confección, contatar la verificación de los aportes consistentes en especies, y acordar la disolución de la sociedad en los casos de pérdida considerable de su capital, o cuando no puede llenar su objeto.

Es de advertir que aún en los países de criterio ampliamente liberal sobre esta materia, como Inglaterra y Estados Unidos, la sociedad anónima ha sido objeto de una regulación más en concordancia con las ideas que llevamos expuestas. La ley inglesa de 1890 estableció responsabilidad solidaria para los promotores de una sociedad anónima, por todos los datos falsos o no fundamentados en dictámenes técnicos que contuvieran los prospectos bajo los cuales se hubiera llevado a cabo la suscripción de las acciones. Completando esta ley, otra del año 1900 obligó a fijar la suscripción mínima indispensable para el funcionamiento normal de la sociedad, evitándose, de este modo, la constitución de sociedades anónimas con capital insuficiente para la realización de su objeto, que sólo benefician a los promotores, con perjuicio evidente para los suscritores de acciones que aportan un capital que jamás van a recuperar. Así mismo, la ley de 1929 obliga a la publicación de un extracto de los estatutos sociales y a la publicación periódica de los balances, a fin de que llegue a conocimiento de los tenedores de acciones la situación económica de la sociedad.

Como vemos, pues, la regulación ampliamente liberal de la sociedad anónima tiende a restringirse. Hoy por hoy, en las actuales condiciones económicas del mundo, resulta inapropiado el criterio que pretende ver en la sociedad anónima únicamente intereses, derechos, obligaciones y razones individuales contenidas en un contrato; sino que este tipo de asociación mercantil tiene que ser considerado con criterio diferente, como una institución derivada de un contrato, y por tal, con una finalidad determinada que marca el justo límite entre la autoridad social y la voluntad individual de sus componentes.

En la sociedad anónima tradicional se sustenta como principio fundamental la prevalencia de las juntas generales, y como en éstas los acuerdos se toman por mayoría de votos —que se computan según el número de acciones, o sea por capitales— pueden los mayores capitalistas hacer adoptar resoluciones perjudiciales para los pequeños tenedores de acciones, resoluciones que, no obstante su manifiesta inconveniencia, deben ejecutarse. Y es que dentro de este concepto se parte de la ficción de que la autoridad de la junta general tiene como fundamento la delegación que hace la voluntad individual de cada asociado en favor de la voluntad social, por lo cual todo accionista, por el solo hecho de suscribir una acción e incorporarse como miembro de la entidad, “quiere lo que quiera la mayoría”. Nuestro propio Código de Comercio, concorde con este principio, establece en su artículo 159, entre las circunstancias que deben constar en la escritura social de la compañía anónima: “La sumisión al voto de la mayoría de la junta de socios, debidamente convocada y constituida, en los asuntos propios de su deliberación”.

Dentro del moderno concepto de la sociedad anónima, la autoridad de la junta general, como órgano supremo de administración, se hace reposar en un principio más real: el fin u objeto de la sociedad. La obtención del fin social demanda la presencia de una autoridad cuyos designios sean superiores a los de la voluntad individual de los asociados; de tal modo que dicha autoridad no es ya el producto de la delegación de voluntades individuales, sino que es elemento impuesto por la necesidad de realizar los fines generales o comunes. Es así como puede otorgarse a los socios derechos de tal naturaleza, que no pueden ser disminuídos, y mucho menos desconocidos, por la junta general; y cuyo ejercicio por sus titulares impide la comisión de fraudes o hechos perjudiciales tan frecuentes bajo el amparo legal de que la minoría queda sujeta a las decisiones de la mayoría. De este modo la sociedad resulta más sólida y más flexible. Los derechos propios acordados a los accionistas y que éstos pueden ejercitar en cualquier momento, la imposibilidad de aumentar arbitrariamente las obligaciones que contrajeron al ingresar a la sociedad, y la disminución del poder omnipotente de las juntas generales, previenen de todo fraude a los suscritores de acciones.

Recogiendo todos estos principios y satisfaciendo el anhelo de fomento de las empresas mercantiles e industriales, fuentes vivas de la economía nacional, también en nuestro país la tendencia hacia el control de las compañías anónimas ha dejado sentir sus manifestaciones; aunque debemos recalcarlo, quizá sin un poco de falta de técnica jurídica.

Hace ya algunos años el señor Juan Luis Basombrío, inspirándose en las disposiciones de la legislación argentina, formuló un proyecto de ley general de sociedades, que fué sometido a la consideración gubernativa. Dicho proyecto creaba la Inspección General Fiscal de Sociedades, la cual debía ejercer control sobre cualquier clase de sociedades que se establecieran en el país. Aunque el proyecto estuvo sanamente inspirado, adoleció del defecto de extender el control a cualquier tipo de sociedad que se estableciera. Resulta a todas luces justificable la intervención estatal cuando se trata de sociedades anónimas, porque en éstas se comprometen respetables intereses, tales como el crédito, la modesta economía y hasta el ahorro privado; pero no se justifica dicha intervención cuando se trata de otros tipos de sociedad: colectiva o comanditaria, en las que no se ve envuelto ningún interés público que pueda ser afectado, y que por lo mismo exija la inmediata protección del Estado.

En Agosto del año próximo pasado, se presentó en la Cámara de Senadores el proyecto de ley que a continuación transcribimos, tendiente a establecer un necesario control sobre las sociedades anónimas constituidas y por constituirse.

### PROYECTO DE LEY

“Los Senadores que suscriben, proponen el siguiente proyecto de ley:

#### CONSIDERANDO:

Que el movimiento económico y comercial de la Nación exige la adopción de medidas que garanticen la inversión de capitales en el mayor desarrollo de las industrias y el comercio;

Que no existen disposiciones para el control de las sociedades anónimas, motivo por el que hay restricción en el crédito y en la iniciativa privada para la inversión de capitales, especialmente para el fomento de la riqueza minera y para las explotaciones industriales de la región andina y montañosa del país;

## EL CONGRESO, etc.;

Ha dado la ley siguiente:

Artículo 1º.—Créase una dependencia en el Ministerio de Hacienda, en la Superintendencia General de Bancos, encargada del control de las sociedades anónimas establecidas y que se establezcan en la República.

Artículo 2º.—No están comprendidas en la presente ley, los Bancos, Compañías de Seguros y otras entidades comerciales cuya organización y control ya está prevista por leyes especiales.

Artículo 3º.—Las sociedades anónimas serán vigiladas en el Perú, desde su organización hasta su liquidación. Corresponde al Presidente de la República autorizar las resoluciones que autoricen la existencia, aprobación o modificación de los Estatutos y la instalación o extinción de las sociedades anónimas, en vista de la documentación que la Superintendencia de Bancos, Seguros y Sociedades Anónimas recaude para comprobar que se han reunido los requisitos legales. La autorización a que se refiere este artículo comprenderá también a las sociedades extranjeras que quieran establecerse en la República.

Artículo 4º.—La Superintendencia de Bancos, Seguros y Sociedades Anónimas tendrá las siguientes atribuciones:

a).—Fiscalizar las sociedades anónimas, pudiendo revisar sus libros, hacer arqueos y pedir la presentación de sus balances y pedir todos los datos en forma que le permitan darse cuenta de la marcha de sus negocios;

b).—Comprobar la exactitud e inversión de los capitales y fondos y vigilar porque se constituya el Fondo de Reserva legal;

c).—Autorizar el aumento o disminución del capital de una sociedad anónima, previos los requisitos legales y examen de sus balances;

d).—Proponer la revocación de la autorización de funcionamiento de las sociedades anónimas, cuando compruebe la marcha fraudulenta o descuidada de sus intereses, en perjuicio de los accionistas o terceros;

e).—Arbitrar, a solicitud de parte, en los conflictos que se susciten entre los accionistas o terceros;

f).—Ejercer las demás atribuciones que le confieran los reglamentos y disposiciones referentes a la materia.

Artículo 5º.—La Superintendencia dictará los reglamentos sobre sociedades anónimas y extranjeras que se establezcan en el país.

Artículo 6º.—El Ministerio de Hacienda queda autorizado a dictar las disposiciones reglamentarias y las que, en concordancia con las leyes de quiebras y otras, sean necesarias para el mejor cumplimiento del propósito de control de las sociedades anónimas que esta ley establece.

Dada, etc.

Lima, 7 de Agosto de 1945.

(Fdo). — Emilio Romero. — J. A. Benites. — H. Castro Pozo. — Luis E. Galván. — J. A. Encinas”.

El proyecto —cuya finalidad merece nuestro más franco elogio— creemos, sin embargo, que debe ser reformado si se quiere que pueda llenar el motivo que lo ha inspirado.

Su artículo 1º establece el control de las sociedades anónimas por medio de una dependencia en el Ministerio de Hacienda, en la Superintendencia General de Bancos. Somos de parecer que esta entidad, cuya labor específica no necesita precisarse, tiene funciones sumamente recargadas que le

impedirían ejercer, con la debida eficacia, la delicada tarea de controlar todas las sociedades anónimas "establecidas y que se establezcan en la República". Si se pretende establecer un control serio, capaz de llenar el objetivo perseguido en los considerandos del proyecto, éste debe verificarse mediante la acción de un organismo autónomo cuya independencia sea garantía de una labor eficaz, pues de otro modo las disposiciones que se dictaran se convertirían en una de las tantas declaraciones, magníficas por cierto, pero ilusorias en su sustanciación.

El artículo 3º del proyecto, luego de preceptuar que las sociedades anónimas serán vigiladas (mas correcto habría sido expresar "controladas") desde su organización hasta su liquidación, establece que corresponde al Presidente de la República autorizar las resoluciones que autoricen (para evitar la redundancia debió decirse: "rubricar las resoluciones que autoricen") la existencia, aprobación o modificación de los Estatutos y la instalación o extinción de las sociedades anónimas, en vista de la documentación que recaude la Superintendencia para comprobar que se han reunido **los requisitos legales**. ¿A qué requisitos legales se alude? ¿Es a los requisitos establecidos por el Código de Comercio? Si tal fuera, el problema quedaría insoluto, puesto que, precisamente, nuestra anacrónica legislación mercantil no permite establecer el control perseguido por el proyecto. Si se alude a los requisitos que deben exigirse conforme a los reglamentos que dictará la Superintendencia (art. 5º) o el Ministerio de Hacienda (art. 6º), tampoco se aborda clara y definitivamente tan delicada cuestión. Es la ley la que debe establecer en forma precisa los requisitos esenciales a que debe sujetarse la constitución de sociedades anónimas, derogándose de este modo, de acuerdo con las normas señaladas por la técnica legislativa, los principios que sobre el particular contienen las disposiciones en vigencia. Las disposiciones reglamentarias que dictara la Superintendencia o el Ministerio de Hacienda, jurídicamente consideradas, no podrían tener fuerza derogatoria de las disposiciones legales en vigor. Una ley sólo puede ser derogada por otra ley. Que de acuerdo con lo que establezca la ley se dicten reglamentos tendientes a facilitar su comprensión y aplicación, es cosa diferente.

Ya hemos expuesto en párrafos anteriores el criterio que prima en otras legislaciones que tienden a establecer este control, en lo tocante a los requisitos que deben llenarse a fin de obtener, de la entidad controladora, la autorización indispensable para la constitución de sociedades anónimas. Publicidad de las condiciones esenciales y objeto de la sociedad; fijación de la suma mínima indispensable para la realización de sus fines; dictámenes técnicos no sólo acerca de la posibilidad de sus operaciones sino, también, acerca de los datos bajo los cuales será hecha la suscripción de acciones; dictámenes técnicos acerca de la valorización atribuida a los aportes consistentes en especies, son elementos que no pueden dejar de tenerse en cuenta al tiempo de otorgar la autorización para la constitución de una sociedad anónima.

El artículo 4º, que señala las atribuciones de la Superintendencia, precisa de un reajuste en sus conceptos a fin de que no se suscite la natural desconfianza que produce toda intervención estatal. El control no tiene —por cierto— un carácter netamente fiscalista; por consiguiente es menester realizarlo en forma tal que, garantizando debidamente el interés de los accionistas y de terceros, no se obstaculice el desarrollo de las operaciones sociales. Creemos que es menester que la Superintendencia tenga facultad para examinar a fondo la contabilidad de las sociedades anónimas a fin de que pueda apreciar el estado real de sus negocios, su situación financiera; pero

somos de parecer, también, que esta facultad debe ejercerla en forma que no se haga odiosa su intervención. El control debe ser realizado en épocas o períodos determinados en forma precisa por la ley, anual o semestralmente, obligándose a la presentación de los balances respectivos, los cuales estarían sujetos a la correspondiente comprobación mediante la revisión de libros y documentos y la verificación de arqueos. Sólo en casos extraordinarios, y a solicitud fundamentada de una proporción determinada de accionistas, podría procederse a la fiscalización en cualquier momento. Además, se hace indispensable dar publicidad a los balances presentados y debidamente comprobados por la Superintendencia, ya que de este modo se permitiría a los accionistas conocer la situación financiera de la sociedad.

El inciso B del artículo que comentamos, se refiere a la comprobación de la exactitud e inversión de los capitales y fondos, y a la vigilancia de la constitución del **"fondo de reserva legal"**.

La comprobación de la exactitud de los capitales y fondos es cuestión que se encuentra involucrada en el punto anterior. Del examen de los balances, a que ya nos hemos referido, debe resultar, precisamente, la comprobación de dicha exactitud de capitales y fondos de la sociedad. Cuestión diferente es la comprobación de la inversión de los capitales y fondos, que debe verificar la entidad controladora en virtud de determinación expresa de la ley y como medio de garantizar el interés de los asociados y de terceros. Consideramos que debe, también, facultarse a la Superintendencia para comprobar el cumplimiento de las disposiciones estatutarias de la sociedad, y de todas las prescripciones legales sobre el particular.

Hay en este inciso una cuestión que debemos aclarar, o sea la referente al **"fondo de reserva legal"**. Entre nosotros no existen fondos de reserva legales, o sea impuestos por disposición de la ley. Los fondos de reserva se establecen en dos formas: o por disposición contenida en los Estatutos de la sociedad, o en virtud de acuerdo tomado por la junta general de accionistas. De manera que no puede hablarse de **"fondo de reserva legal"** —como lo hace el proyecto— mientras no se legisle previamente haciendo obligatoria su constitución.

En lo tocante al inciso D, creemos que la revocación de la autorización para el funcionamiento de las sociedades anónimas, es facultad que debe ejercitar la Superintendencia no sólo en el caso de comprobar la marcha fraudulenta o descuidada de sus intereses, sino además en los casos en que la sociedad no pueda realizar su objeto, o cuando pierda el cincuenta por ciento de su capital. Además, en el caso de constatarse **"marcha fraudulenta"** en las operaciones, debe establecerse la correspondiente sanción y responsabilidad para los directores, gerentes o gestores.

El artículo 6º nos merece idéntica crítica que el 5º, es decir, que se precisa de disposiciones legales expresas para el establecimiento del control propuesto, pues no bastan simples disposiciones reglamentarias.

En resumen, con las atingencias hechas, consideramos muy plausible el propósito perseguido por el proyecto de ley que comentamos; pero insistimos en que el control que se persigue, por entrañar una reforma del sistema legal y económico que rige las sociedades anónimas, debe ser orientado con criterio realmente positivo, poniendo en estrecho contacto el sentido doctrinario puro con el sentido dinámico y real de la vida de los negocios, ya que toda reforma legislativa mercantil debe propender al establecimiento de un armónico equilibrio y efectivo resguardo de los intereses del capital, del trabajo y de la colectividad.

---