
La conducta profesional de contadores y abogados y los deberes de transparencia de las empresas

Reynaldo Antonio Guarniz Izquierdo⁽¹⁾

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Master in Law - Columbia University (New York).

"ARGUMENTARIO

Habrá algún día una Empresa Nacional de Argumentos. Será una de las pocas supervivientes. Se hablará, por supuesto, de su privatización.

La exportación de argumentos será el mejor rubro de la balanza comercial. Un barco cargado de argumentos naufragará frente al Callao dejando una marea negra de espesas razones.

Habrá malhechores que contrabandeen y falsifiquen argumentos y argumentadores inescrupulosos que abastecerán a alguien de argumentos y a su rival de las refutaciones más enteradas.

Habrá, entonces, un código deontológico de la argumentología y, alguna vez, una huelga general de argumentadores que dejará en silencio a la cámara de diputados y en crisis las conversaciones.

La policía aduanera capturará en el aeropuerto a una canadiense con catorce kilos de argumentos de dudosa procedencia. Se nombrará una comisión investigadora para determinar por qué los mismos argumentos se encontraron, una mañana, en los despachos del presidente de la República y del jefe de la oposición. Se creará un Ministerio de la Argumentación. Y, como consecuencia, se hablará de la argumentocracia como si se tratara de una peste.

Previo examen con un argumentoscopio, y detectada esa anemia de la elocuencia llamada carencia argumental perniciosa, se descubrirán las transfusiones argumentales y se creará el Banco de Argumentos, así como un sistema de voluntariado para la donación argumental.

La carencia argumental perniciosa derivará, en algunos casos funestos, hacia la catatonía argumental. No confundir este malestar, que es mal endémico de los comunistas criollos, con la anorexia conceptual, que es el problema de don Fernando, o con la bulimia ideológica, que es lo que padece ese gran

vomitón de huevadas que es Luis Bedoya.

Desde luego que países como Cuba o Corea del Norte no aceptarán pagar royalties por ningún argumento.

Una peste argumental ocasionará muchas muertes. La enfermedad tendrá el siguiente patrón sintomático: delirio argumental, cacofonía, grafomanía, uso del punto y coma, lectura de Selecciones. Y el desenlace será espantoso: un ataque de apoplejía argumental después de leer un ensayo hegeliano de Alan García. Una cepa degenerada de una planta argumental creada en laboratorios norteamericanos producirá una mundial invasión de musgo argumental. Crecerá en las canchas de bowling, alfombras, pararrayos, discos duros y suspiros.

Habrá un Museo Argumental en Nueva York, pero el gobierno francés exigirá la devolución inmediata de una matriz argumental hidráulica robada de los sótanos del Instituto Pasteur por un traficante marroquí y vendida a un argumentólata texano.

Carolina del Norte será el primer Estado de la Unión en adoptar el método de la pena de muerte a través de una inyección letal de argumentos falaces: una droga de acción rápida hecha gracias a la redundante putrefacción de papel periódico impreso.

Una conspiración de vargasllosistas beatos, con el imbécil de Hildebrandt a la cabeza, enviará miles de faxes con argumentos de alta fidelidad al jurado del premio Nobel de literatura. A pesar de todo y tras la intervención del Rey de Suecia y la muerte tercermundista de dos de sus miembros, impactados por cerbatanas aguarunas de argumentos letales, el jurado del Nobel terminará premiando a un poeta bengalí exiliado en Gales. Hildebrandt beberá, entonces, una tacita de cicuta argumental. Kaputt."

Fragmento de la novela Memoria del Abismo, de César Hildebrandt.

1. Introducción

Aunque probablemente no existe ninguna

profesión u ocupación que escape a alguna forma de crítica social, es seguro que tanto abogados como contadores -a la sazón, dos de las tres profesiones que

(1) El autor es funcionario de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), especializado en el área de mercado de valores. No obstante, el presente artículo expresa su opinión personal, la misma que no es necesariamente compartida ni compromete la opinión institucional de CONASEV.

más se enseñan en el Perú- somos quienes tenemos la peor imagen. Y esto no es solamente una realidad en el Perú sino en muchos lugares del mundo.

Mucha gente percibe a los abogados como seres que utilizamos un lenguaje extraño, enfermizamente puntilloso y muchas veces plagado de términos que, sea en latín para los más tradicionales o en inglés para los que desean darse aires modernos, no parece tener como función principal transmitir una idea sino confundir al interlocutor. Premunidos de tal habilidad -sigue el mito popular- los abogados somos capaces de enmascarar en algún texto que aparenta ser transparente alguna ambigüedad a través de la cual pueda obligarse al firmante a hacer algo que en realidad no quería hacer o de interpretar las normas legales de manera exactamente contraria a la que el sentido común parecería indicar. Se nos ve como seres expertos en valerse de los resquicios de las leyes o de los contratos para producir argumentos. Pero no necesariamente argumentos razonables sino argumentos que, aunque puedan parecer inteligentes, llevan con frecuencia al absurdo.

Los abogados, consecuentemente, no somos percibidos como servidores de la justicia ni como colaboradores de los magistrados -a despecho de lo que señala la Ley Orgánica del Poder Judicial- y tal definición legal está más cerca de provocar risa que respeto cuando se expone a la mayoría de las personas. Inclusive, es probable que los propios abogados definiéramos nuestras actividades más como un servicio a nuestros clientes que como un servicio a la justicia.

Esta imagen, desde luego, no corresponde exactamente con la realidad.

Y no porque pretenda sostener que todos los abogados somos honestos y tenemos a la justicia como nuestro máximo valor, sino porque la corrupción que pueda haber en el gremio de los abogados es la misma que hay en la sociedad en su conjunto. Es tan inmoral el abogado que plantea un absurdo ante el juzgado con el único objeto de dilatar un proceso, como lo es su cliente que pese a saber que no tiene la razón se niega a allanarse o conciliar. Y, por otro lado, así como hay personas que por convicciones morales honran su palabra aunque no haya ningún documento formal que los ate a ella, existimos -aunque no sea algo frecuente de encontrar- los abogados que rechazamos el caso de un posible cliente por el simple hecho de

considerar que no es posible servirlo en los términos en que éste lo exige pues, aun cuando pudieran ser legales, son injustos.

La imagen del abogado, por lo tanto, termina siendo el chivo expiatorio de la corrupción social. El cliente simplemente se siente mejor diciendo -y quizá convenciéndose a sí mismo- de que es el abogado quien le sugiere o facilita hacer artimañas legales y burlar la ley.

Tampoco es exacto lo del manejo del lenguaje. La mayoría de los abogados que conozco o he escuchado en mi vida tienen su léxico invadido por palabras como “aperturar”, muletillas como “prácticamente” o “en la cual”, errores de concordancia gramatical, dequeísmo, etcétera. Su oratoria se encuentra más cerca de charlatanería de Cantinflas que de la retórica de Gorgias. Uno se sorprende, entonces, no de lo brillante que es el argumento -porque no lo es- ni de la gran habilidad que tiene el abogado, al menos, para confundir, sino de lo ilógico o lo absurdo de su razonamiento, o de lo inverosímil que es que alguien que ha estudiado Derecho pueda escribir o crear tales cosas.

En cuanto a los contadores, la situación no es diferente.

La gente asume la existencia de una doble, triple o cuádruple contabilidad -en cada caso, para complacer un distinto consumidor de la información: la SUNAT, los accionistas de la empresa, los bancos, las autoridades del mercado de valores, etcétera- como una práctica tan común en el Perú que la importancia misma de la información financiera está muy devaluada. Con frecuencia se requieren métodos alternativos de medición de la solvencia o de la marcha económica de las empresas poder confrontar y evaluar aquella situación que los estados financieros parecen reflejar⁽²⁾. Nadie percibe que la función de un contador sea presentar a los terceros la verdadera imagen de una empresa sino la de arreglar las cosas de tal manera que la empresa presente la imagen que quiere presentar.

Sin embargo, paradójicamente, tanto abogados como contadores tenemos un rol fundamental en el funcionamiento de un mercado financiero. Nos está confiada nada menos que su transparencia. En un mercado en el que la mercancía más valiosa es la información, es difícil exagerar la importancia de la actuación de estos profesionales. Los contadores al reflejar la situación financiera de las empresas y los

(2) Por ejemplo, muchas personas y entidades consideran que -independientemente de lo que pueda señalar la información financiera- evaluar la solvencia de una empresa significa encontrar activos embargables o hacer una búsqueda en una central de riesgo respecto de su clasificación crediticia y la de sus accionistas, directores y gerentes.

abogados como árbitros de aquello que debe o no ser revelado al mercado balanceando el interés de la empresa por reservar información que pueda perjudicar su posición competitiva y el interés de los inversionistas por conocer toda la información relevante para la toma de sus decisiones de inversión.

Es por esta razón que la doctrina estadounidense denomina a contadores y abogados como “vigilantes”⁽³⁾ de la transparencia en el mercado de valores. En función de esta concepción, además, que ambos profesionales tienen especiales deberes de diligencia profesional y sanciones especiales como consecuencia de su incumplimiento.

El tema de la conducta profesional de abogados y contadores se encuentra en debate actualmente en los Estados Unidos a propósito de los varios escándalos financieros que se produjeron entre los años 2001 y 2002. Ellos han movido la maquinaria de reformas normativas, entre las que figuran proyectos para imponer deberes más estrictos para el comportamiento profesional.

Siendo los Estados Unidos el mercado el más influyente del mundo y modelo frecuente para los sistemas legales de los países en vías de desarrollo, especialmente en materia financiera, no sería sorprendente que el impulso de reformas que se ha generado en dicho país pueda afectar al nuestro. En realidad, ya lo ha afectado de alguna manera en el caso de las empresas peruanas que se encuentran listadas en la Bolsa de Valores de Nueva York.

Esto no es necesariamente bueno ni malo. Lo importante es evitar que la simple moda legislativa nos lleve a copiar normas sin el correspondiente análisis de nuestras propias realidades y necesidades regulatorias. En un intento por iniciar tal reflexión, en el presente artículo analizaré el contexto en el que se produce el debate sobre la conducta profesional en los Estados Unidos, las principales reformas introducidas en dicho mercado, la situación en el Perú, los parámetros por los que se rige la conducta profesional en nuestro país y cómo es que dicha conducta podría o debería regularse.

2. Los escándalos financieros y la Ley Sarbanes Oxley

Aunque puede decirse que el impacto en el Perú fue apenas percibido -pues nuestro mercado ya se hallaba muy golpeado y su principal defensa ante estas crisis es precisamente ser pequeño- entre fines del 2001 e inicios del 2002 se produjo en el mercado de valores estadounidense y, por ende, mundial una crisis de dimensiones formidables. Durante ese periodo se descubrió que diversas empresas habían inflado significativamente sus patrimonios mediante políticas contables poco transparentes y estructuras legales destinadas a encubrir pérdidas o drenar sus activos.

El caso emblemático fue el de Enron⁽⁴⁾. Esta empresa, no hace mucho la mayor comerciante de energía del mundo, que desde hacía varios años se ubicaba entre las cien empresas más importantes del planeta según valor de mercado, produjo en diciembre de 2001 la más grande quiebra en la historia de los Estados Unidos. Tal como lo reseñó el profesor Coffee en su testimonio ante una comisión del Congreso de los Estados Unidos⁽⁵⁾, las acciones emitidas por Enron cayeron desde un nivel de aproximadamente 90 dólares por acción a mediados del año 2000 a menos de un dólar por acción hacia finales del 2001. En otras palabras, en menos de un año y medio la capitalización bursátil⁽⁶⁾ de la empresa se redujo en cerca de 11 mil millones de dólares. De ellos, 1700 millones de dólares se esfumaron en menos de un mes, entre octubre y noviembre de 2001, como consecuencia de la reformulación de estados financieros. Esto es, correcciones a las cifras contables previamente presentadas.

No parece posible, sin embargo, que la necesidad de hacer estas correcciones se haya originado en errores -que, por lo demás, con esa magnitud configurarían al menos negligencia grave- sino en un fraude. Se ha estimado que la empresa sobreestimó utilidades por más de 580 millones de dólares desde el año 1997⁽⁷⁾.

(3) Se les ha llamado de muchas formas, tales como *gatekeepers* (vigilantes [de puertas]), *watching dogs* (perros guardianes), *whistle blowers* (sopla pitos). Todas estas ideas relacionadas con el hecho de que son quienes se supone deben alertar al mercado sobre posibles infracciones al deber de transparencia de las empresas.

(4) Otros casos bastante destacados fueron los del WorldCom y Tyco. Con un nivel de notoriedad un poco menor, salieron a la luz casos como el de Adelphia y Global Crossing.

(5) Testimonio de Experto del profesor John Coffee Jr. ante la Comisión de Energía y Comercio de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos, accesible a través de Internet en: <http://energycommerce.house.gov/107/hearings/06262002Hearing608/Coffee1049print.htm>

(6) La capitalización bursátil es la cifra resultante de multiplicar el precio de cotización de una acción en la bolsa, por la cantidad de acciones que ha emitido la compañía. Teóricamente, esta cifra constituye el valor total de mercado de la empresa aunque esto es muy difícil de verificar en la práctica.

(7) Para mayor detalle, ver: <http://www.cnn.com/2002/US/01/12/enron.qanda.focus/index.html>

Para darnos una idea más concreta de la inmensidad de estas cifras, los 11 mil millones de dólares de disminución en el valor de mercado de Enron, equivalen aproximadamente al 18.64 por ciento del total del Producto Bruto Interno del Perú por el año 2003. Representan el 68.43 por ciento de la capitalización bursátil en la Bolsa de Valores de Lima por el año 2003⁽⁸⁾. Son aproximadamente iguales al total de Reservas Internacionales Netas que tenía nuestro país a septiembre de 2004 y 5.64 veces el monto negociado total de la Bolsa de Valores de Lima (acciones y bonos) por todo el año 2003.

La catástrofe no solamente afectó a Enron, quien aún negocia con sus acreedores en un doloroso y largo proceso de insolvencia al que eventualmente podría sobrevivir. Uno de los principales afectados fue la empresa de auditoría Arthur Andersen, que no sobrevivió al proceso. Aunque Enron no fue el único caso en que Andersen se vio involucrada, puede decirse que se trató del peor. Desatado el escándalo y dadas las dimensiones del mismo, se esperaba que Arthur Andersen, premunida de sus papeles de trabajo -el arma de defensa por excelencia de los auditores, por contener las pruebas de los trabajos realizados y de sus hallazgos-, defendiera su prestigio de casi 90 años en el mercado demostrando que su labor había sido íntegra y que era ajena al fraude. El mundo financiero recibió atónito la noticia de que Arthur Andersen había hecho exactamente lo contrario: al estallar el escándalo, dispuso la destrucción de los papeles de trabajo relacionados con Enron. Este vergonzoso hecho -que difícilmente puede ser entendido como otra cosa que una clara conciencia de su propia culpabilidad- le significó cargos penales y una condena por obstrucción de la justicia.

El grupo de las “cinco grandes”, como era ampliamente conocido el conjunto de las mayores empresas auditoras del mundo que Arthur Andersen integraba orgullosamente junto con Deloitte & Touche, Ernst & Young, KPMG y PricewaterhouseCoopers, quedó reducido a solo “cuatro grandes”. Arthur Andersen fue desintegrada y sus pedazos absorbidos -muchos de ellos por Ernst & Young y KPMG-, aunque todavía mantenga sus cuarteles generales en Chicago

como el remanente de una red multinacional de más de 28,000 empleados.

Todos estos hechos conforman el antecedente directo de la Ley Sarbanes Oxley. Una norma que, en opinión de PricewaterhouseCoopers, es la más importante relativa al gobierno corporativo, la revelación financiera y el ejercicio de la profesión contable desde las normas estadounidenses de valores de la década del treinta⁽⁹⁾. En otras palabras, la trascendencia de esta norma es comparada con la histórica Ley Glass Steagall, que se aprobó como consecuencia del desastre bursátil del año 1929 y que implantó en los Estados Unidos por más de 65 años la separación entre banca comercial y banca de inversión conocida como “muralla china”.

La Ley Sarbanes Oxley es una norma que se refiere muchos asuntos diferentes, relacionados con diversas prácticas consideradas poco transparentes. Desde la prohibición a los emisores de otorgar préstamos personales a sus más altos ejecutivos y directores (Sección 402) hasta el agravamiento de las penas por infracciones a la Ley de Intercambio de Valores del año 1934 (Sección 1106). No procuraré, en consecuencia, describirla en todos sus aspectos. En lugar de ello, me concentraré en las normas que se refieren a la independencia de los auditores y a los parámetros de conducta exigibles a los abogados.

3. La independencia de los auditores

Las preocupaciones relativas a la independencia de los auditores no son nuevas. La expansión de la oferta de servicios por parte de las sociedades de auditoría a otros campos ajenos a la auditoría misma ha crecido al menos durante toda una década. En junio de 2000, al publicar un proyecto de modificación al reglamento sobre la independencia de los auditores, la Comisión de Valores de los Estados Unidos (SEC) publicó unas tablas en las que estimaba que para el año 1999, sólo un 30 por ciento de los ingresos de las entonces “cinco grandes” sociedades de auditoría provenían de la auditoría misma. El 70 por ciento restante se explicaba por servicios tributarios y de consultoría⁽¹⁰⁾.

De acuerdo con Coffee⁽¹¹⁾, esta situación puede explicar la laxitud de las auditorías. Si lo que paga un

(8) Esto es, la suma de la capitalización bursátil de todas las empresas listadas en la Bolsa de Valores de Lima durante todo el año 2002.

(9) <http://www.pwcglobal.com/Extweb/NewCoAtWork.nsf/docid/D0D7F79003C6D64485256CF30074D66C>

(10) Norma propuesta (*proposed rule*) S7-13-00. Disponible en www.sec.gov. Nota de prensa No. 34-42994.

(11) Testimonio del profesor John C. Coffee Jr. ante el Comité del Senado del Congreso de los Estados Unidos para la Ciencia, el Comercio y el Transporte, en su sesión de fecha 18 de diciembre de 2001. Ver: <http://commerce.senate.gov/hearings/121801Coffee.pdf>.

cliente por concepto de auditoría es mucho menos de lo que paga por los otros servicios, existe un incentivo para que la sociedad de auditoría no sea tan “intransigente” con el cliente en materia contable pues ello le haría perder los otros negocios. Incluso, Coffee hace referencia a una nota de prensa de la SEC en la que se advierte que algunas sociedades de auditoría estarían ofreciendo el servicio aun a pérdida con el objeto de ganar al cliente y poderle suministrar en el futuro los servicios tributarios y de consultoría.

La Ley Sarbanes Oxley aborda directamente este problema dedicando uno de sus once títulos -el Título II- exclusivamente al tema de la independencia de los auditores. Las disposiciones contenidas en este título son, a grandes rasgos, las siguientes:

a) Una sociedad de auditoría que presta servicios de auditoría a un emisor, no podrá brindarle simultáneamente cualesquiera otros servicios, con excepción de los tributarios y sujeto esto último a una aprobación previa por parte del Comité de Auditoría⁽¹²⁾ del emisor.

b) Al interior de las sociedades de auditoría, el socio encargado de realizar labores de auditoría respecto de un emisor en particular, no puede hacerlo por más de cinco años consecutivos. Esto significa que la sociedad de auditoría deberá disponer rotaciones periódicas de los socios encargados de auditar a sus distintos clientes.

c) La sociedad de auditoría deberá informar específicamente al Comité de Auditoría del emisor acerca de todas las políticas y prácticas contables “críticas”, de todos los tratamientos alternativos dentro de los principios de contabilidad generalmente aceptados y sus implicancias, así como de toda comunicación escrita relevante mantenida con la gerencia del emisor.

d) Las sociedades de auditoría están prohibidas de realizar cualquier labor de auditoría respecto de un cliente cuyo gerente general, controlador, gerente financiero o de contabilidad, o cualquier persona que desempeñe una función equivalente, haya sido empleado de la sociedad de auditoría y haya participado en la auditoría de ese cliente en particular durante el año previo al inicio de la nueva auditoría.

Finalmente, la Ley Sarbanes Oxley dispone la elaboración de un estudio por parte de la Contraloría General de los Estados Unidos para evaluar la imposición de un periodo máximo de años en que una sociedad de auditoría puede prestar servicios para un mismo cliente.

Por otro lado, en cumplimiento del mandato de la propia Ley Sarbanes Oxley (Sección 303), la SEC aprobó en mayo de 2003 un reglamento denominado Parte 240, en el que se prohíbe a los funcionarios o directores del emisor realizar cualquier acto u omisión que tenga por efecto que el emisor revele información significativamente engañosa o distorsionada. Principalmente, son materia de sanción los actos que signifiquen influir, coactar, manipular o inducir a error a los contadores encargados de llevar a cabo un trabajo de auditoría.

El principal aporte de este reglamento es el haber ampliado el supuesto a una mera negligencia. Es decir, que no solamente son sancionables los actos que los funcionarios o directores del emisor sepan que pueden resultar en una auditoría defectuosa, sino aquellos actos que tales personas “deberían saber” que pueden generar dicha consecuencia. Si bien la diferencia entre lo que el funcionario o director del emisor “sabía o debería haber sabido” respecto de las consecuencias de sus actos puede considerarse sutil, la diferencia probatoria es sumamente importante. Para que la infracción se configure no es necesario que se demuestre intención ni conocimiento por parte del infractor. En el extremo, el infractor podría demostrar su ignorancia, pero si el juez considera que actuando razonablemente, debía haber conocido los hechos, será igualmente declarado responsable.

4. Responsabilidad profesional de los abogados

Frente a las disposiciones relativas a los auditores, la Ley Sarbanes Oxley es relativamente breve en lo referente a la conducta profesional de los abogados. En efecto, la Sección 307 de la ley tiene como función principal disponer que la SEC emita normas reglamentarias sobre los parámetros mínimos que deben observar los abogados en su conducta profesional.

No obstante, la propia ley señala lo suficiente como para considerarse polémica. En ella se establece que la reglamentación de la SEC debe regular la obligación de los abogados patrocinantes de informar al Gerente de Asesoría Jurídica o al Gerente General de su cliente acerca de cualquier indicio que tengan de una infracción importante de la legislación del mercado de valores o de algún deber fiduciario -de cuidado o de lealtad- o de infracciones similares, por parte del cliente o de cualquiera de sus vinculados. Asimismo, requiere que se regule la obligación del abogado patrocinante de informar de estos mismos hechos al Comité de Auditoría o al Directorio, cuando estime que el Gerente de Asesoría Jurídica o el Gerente General no han

respondido adecuadamente a los indicios informados. Esto es, cuando no han investigado adecuadamente o no han adoptado las acciones necesarias para corregir la infracción.

En cumplimiento del mandato de la Ley Sarbanes Oxley, con fecha 21 de noviembre de 2002, la SEC publicó la Nota de Prensa Número 33 8150, en la que sometió a comentario del público su proyecto de reglamento denominado Parte 205⁽¹³⁾.

La disposición fundamental que ayuda a entender los preceptos de este proyecto de reglamento es la denominada “el emisor como cliente”. Su objetivo es aclarar que, aun cuando en el ejercicio profesional de asesoría a una empresa emisora el abogado puede actuar en permanente contacto con sus directores o gerentes, estos últimos no son sus clientes. Su cliente sigue siendo el emisor. Por lo tanto, el abogado debe proceder fielmente en el mejor interés de su cliente -el emisor- aun cuando éste no sea compatible con los intereses de los directores o gerentes del propio emisor.

El proyecto de reglamento pretendía establecer un procedimiento para informar los hallazgos de evidencias sobre infracciones importantes de las normas del mercado de valores⁽¹⁴⁾. Su ámbito de aplicación está definido por “aquellos abogados que ejercen ante la SEC”. Para estos efectos, “ejercer ante la SEC” implica: (i) participar en cualquier asunto con la SEC, incluyendo comunicaciones con los comisionados o el personal; (ii) representar a cualquier persona en un procedimiento administrativo ante la SEC, sea como abogado o testigo; (iii) preparar o participar en el proceso de preparación de cualquier declaración, opinión o cualquier otro escrito que el abogado tiene razones para creer que será presentado o adjuntado como parte de cualquier documento que será remitido a la SEC, sus comisionados o su personal.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el procedimiento no sólo comprende las infracciones importantes cometidas por el emisor mismo, sino también por sus funcionarios, directores, empleados o agentes. En otras palabras, y en términos generales,

por cualquiera de sus vinculados. Adicionalmente, el procedimiento abarca infracciones que hayan sido cometidas en el pasado, que estén siendo cometidas al momento de realizar el hallazgo o que estén a punto de cometerse.

A diferencia de otros reglamentos expedidos por la SEC, en este caso el procedimiento no es una mera opción que el administrado puede voluntariamente seguir para crear una presunción a su favor (lo que la doctrina denomina “puerto seguro” por la traducción de la expresión inglesa *safe harbor*). Por el contrario, el abogado que detectara indicios de la comisión de una infracción debía seguir necesariamente el procedimiento para poder liberarse de responsabilidad.

Este procedimiento previsto en el proyecto incluía un sistema de informes progresivos a través de la organización del emisor (el término utilizado en inglés es *up the ladder* que significa “subir la escalera”) y, en el extremo, una declaración retirando la firma de documentos presentados ante la SEC (el término utilizado en inglés es *noisy withdrawal* que significa “retiro escandaloso”) e incluso la revelación de información confidencial sin el consentimiento del cliente.

La primera parte era el sistema de informes progresivos que el abogado se encontraba obligado a realizar y que ha sido llamado como la obligación de “subir la escalera”.

En principio, de acuerdo con el proyecto, el abogado se encontraba obligado a informar de sus hallazgos al Gerente de Asesoría Jurídica del emisor o, al mismo tiempo, al Gerente de Asesoría Jurídica y al Gerente General. Ante las evidencias presentadas por el abogado informante, el Gerente de Asesoría Jurídica del emisor debía disponer la investigación que razonablemente considere necesaria para determinar si la infracción informada había ocurrido, estaba ocurriendo o estaba por ocurrir.

Si como resultado de la investigación, el Gerente de Asesoría Jurídica del emisor determinaba que efectivamente existía una infracción a las normas del

(12) El comité de auditoría es un órgano de la sociedad. Sus miembros son elegidos por el directorio del emisor y de entre sus propios miembros. Sin embargo, sólo pueden conformar el comité de auditoría los directores “externos”, es decir, aquellos que no son gerentes, empleados o asesores del emisor, ni están vinculados a éste por ninguna otra relación que no sea el hecho de pertenecer al Directorio. El propósito de este órgano es supervisar del proceso de contabilidad, información financiera y auditoría de estados financieros del emisor.

(13) Disponible en: www.sec.gov

(14) En realidad, se trata de una infracción importante de cualquier norma legal puesto que la contingencia derivada de una infracción importante a cualquier norma del sistema jurídico tendrá efecto sobre la transparencia de la empresa. Así, por ejemplo, si una empresa minera infringe las disposiciones legales en materia ambiental, ello le genera una responsabilidad o, al menos, una contingencia -por la responsabilidad civil y/o administrativa- que al no estar adecuadamente revelada en sus estados financieros, hace que éstos sean incompletos, engañosos y distorsionados. Consecuentemente, la infracción de la legislación ambiental acarrea una infracción a la legislación en el mercado de valores.

mercado de valores, su obligación consistía en adoptar inmediatamente las medidas correctivas pertinentes. Tales medidas correctivas podrían incluir: comunicación de hechos de importancia y/o imposición de sanciones al interior de su organización para detener cualquier infracción relevante que estuviera ocurriendo, evitar alguna que estuviese a punto de ocurrir o rectificar alguna infracción ya cometida. Adicionalmente, el Gerente de Asesoría Jurídica del emisor debería informar inmediatamente respecto de las medidas correctivas adoptadas tanto al Gerente General como al Comité de Auditoría o al Directorio del emisor, así como también al abogado que informó el hallazgo.

Cuando, por el contrario, el Gerente de Asesoría Jurídica considerase que ninguna infracción a las normas del mercado de valores había ocurrido, estaba ocurriendo o se encontraba a punto de ocurrir, lo informaría así al abogado que comunicó el hallazgo.

Por su parte, el abogado que informó el hallazgo debería juzgar si el emisor había adoptado las medidas correctivas pertinentes. En caso de considerar que esto no había ocurrido -sea porque el emisor estimaba que no existía infracción o porque las medidas correctivas adoptadas por éste fueron insuficientes- dentro de un plazo razonable, el abogado informante debería comunicar su hallazgo a un órgano superior del emisor. Concretamente, debería informar al Comité de Auditoría del emisor, a algún otro comité del directorio compuesto exclusivamente por directores independientes o, en caso de no existir ninguno de los dos, al mismo directorio del emisor. Inclusive, el abogado se encontraba facultado para informar de sus hallazgos directamente a estos órganos si consideraba que era inútil informar previamente al Gerente de Asesoría Jurídica y/o al Gerente General del emisor.

Finalmente, existía la posibilidad de que el Comité de Auditoría del emisor, algún otro comité al que se haya informado o el Directorio del emisor tampoco adopten medidas correctivas satisfactorias a criterio del abogado informante. En estos casos, el abogado estaba obligado a explicar a dichos órganos las razones por las que consideraba que las decisiones adoptadas eran insuficientes. Paralelamente a ello, y durante todo el proceso, existía una obligación tanto del abogado informante como del Gerente de Asesoría Jurídica del emisor de documentar tanto los hallazgos como las investigaciones y respuestas por parte de los diversos órganos del emisor, archivando esta documentación durante un plazo razonable.

Como puede verse, el proyecto obligaba a que el abogado casi literalmente “subiera la escalera” de la organización del emisor informando cada vez a un órgano de mayor jerarquía respecto de su hallazgo. Alternativamente, sin embargo, el hallazgo podía ser presentado al denominado Comité Calificado para el Cumplimiento del Orden Legal (el término exacto en inglés es *Qualified Legal Compliance Committee*), si es que el emisor había constituido uno. Se trata de un Comité formado por, al menos, un miembro del Comité de Auditoría del emisor y dos directores independientes. La función de este Comité Calificado para el Cumplimiento del Orden Legal sería exclusivamente recibir la información sobre los hallazgos de posibles infracciones a las normas del mercado de valores, investigar tales informaciones, decidir medidas correctivas y aplicarlas, informando de ello tanto al Gerente de Asesoría Jurídica, como al Gerente General, al Comité de Auditoría y al Directorio del emisor. Debía informar también al abogado que informara el hallazgo.

Cuando el Comité Calificado para el Cumplimiento del Orden Legal existiera, el abogado informante podría comunicarle directamente el hallazgo y ya no necesitaría efectuar ninguna otra comunicación a ningún otro órgano del emisor, ni evaluar si éste había adoptado o no medidas correctivas adecuadas, pues se entendía que esto ya queda bajo la responsabilidad del indicado comité. De la misma forma, el Gerente de Asesoría Jurídica podría, en lugar de disponer la realización de una investigación, simplemente informar a dicho comité para que sea ese órgano quien se encargase de la investigación y de las medidas correctivas.

El segundo paso del procedimiento propuesto era todavía más polémico. Sin embargo, estaba restringido a los casos de infracciones que estaban en progreso o que estaban a punto de ser cometidas y, además, fuera probable que ellas acarrearán un perjuicio substancial para el emisor o los inversionistas. En otras palabras, no era aplicable cuando los hallazgos se referían únicamente a infracciones cometidas en el pasado ni a aquellas que no generasen una gran repercusión. A este segundo paso es al que se denominaba “retiro escandaloso”.

Si una vez agotado el sistema de “subir la escalera” el abogado que realizó el hallazgo consideraba que el emisor no había otorgado una respuesta adecuada dentro de un plazo razonable⁽¹⁵⁾, debía renunciar a seguir representando al emisor, comunicar a la SEC por

(15) “Respuesta adecuada” y “plazo razonable” son conceptos que el proyecto de reglamento define pero no lo hace con precisión. En cada caso concreto, el abogado tendrá que evaluar si determinada respuesta o determinado plazo son “adecuados” o

escrito acerca de la renuncia señalando que ésta se producía por “razones profesionales” y, dentro del más breve plazo, retirar su firma de todo documento presentado ante la SEC que el abogado considerase era significativamente falso o engañoso. Tratándose no de asesores legales externos sino de abogados que fueran empleados del emisor, no existía la obligación de renunciar, pero sí la comunicación por escrito retirando su firma de los documentos antes señalados.

En adición a ello, el Gerente de Asesoría Jurídica del emisor estaba obligado a informar a cualquier abogado externo o interno que vaya a reemplazar al renunciante, que la renuncia de su antecesor se debió a “razones profesionales”.

Además del abogado que informa el hallazgo, también estaba obligado a seguir este segundo paso del procedimiento el Gerente de Asesoría Jurídica del emisor. En su caso, esta obligación se generaba cuando, habiendo realizado una investigación, verificado la información proporcionada por el abogado informante y recomendado las medidas correctivas necesarias, el emisor no las adoptara. Finalmente, y en idéntica situación que el Gerente de Asesoría Jurídica, también estaban obligados a seguir este paso del procedimiento los miembros del Comité Calificado para el Cumplimiento del Orden Legal.

Aunque a través de este sistema de retiro de su firma el abogado no revelaría de manera específica ninguna información de su cliente -no infringiendo, por lo tanto, el secreto profesional- le otorgaría claras señales a la SEC de la existencia de una posible infracción. Adicionalmente, al retirar su firma de determinados documentos que el abogado considera “falsos o engañosos”, en términos prácticos le indicaría a la SEC dónde debe buscar aquella información que no le revelaba de manera directa.

Por último, el más polémico de todos los pasos contemplados en el procedimiento era la revelación de información. De acuerdo con el proyecto, el abogado informante podía utilizar cualquier documento obtenido por él durante el procedimiento antes descrito -como medio de defensa- en cualquier investigación, procedimiento o litigio en el que su conducta profesional estuviera en cuestión. Es decir, que el abogado podía exponer sus hallazgos, comunicaciones y las correspondientes respuestas del emisor, en tanto ello le sirviese para demostrar que actuó con diligencia y así liberarse de responsabilidad.

Pero el proyecto fue bastante más lejos.

De acuerdo con él, el abogado informante podía -a su discreción- revelar a la SEC información confidencial de su cliente sin contar con la autorización correspondiente, cuando razonablemente estimara que ello era necesario para: (i) impedir que el cliente cometa un acto ilegal que acarree un perjuicio substancial para el propio emisor o para los inversionistas; (ii) impedir que el cliente cometa un acto ilegal que acarree la comisión de fraude contra la SEC; o (iii) rectificar los actos ilegales del cliente en cuya comisión hubieran sido utilizados los servicios de dicho abogado.

El proyecto de la SEC causó un debate muy intenso en los Estados Unidos respecto de los deberes profesionales de los abogados y su papel como vigilantes del mercado. La SEC recibió más de 160 comentarios a su proyecto de reglamento, algunos de los cuales contenían críticas bastante duras. Como consecuencia de ello, la versión final de reglamento - ya aprobado bajo el nombre de Parte 205- incluyó diversas modificaciones en relación con el proyecto publicado.

El principal cambio introducido en la versión final del reglamento fue la eliminación de todas las disposiciones relativas al retiro de firmas (*noisy withdrawal*). Aunque quedó la posibilidad de que los miembros del Comité Calificado para el Cumplimiento del Orden Legal notificaran a la SEC cuando el emisor omitiera en términos significativos la implementación de las medidas correctivas recomendadas, no sobrevivió la disposición según la cual debían retirar sus firmas de aquellos documentos que fueran considerados falsos o engañosos.

De acuerdo con la SEC, las disposiciones relativas al retiro de firmas (*noisy withdrawal*) habían sido eliminadas del reglamento con el único propósito de extender el plazo para la recepción de comentarios e introducir las modificaciones adicionales que corresponda. Sin embargo, a la fecha en que escribo este artículo ha pasado ya más de un año desde la publicación de la versión final de la Parte 205 y no se han aprobado disposiciones complementarias relativas al retiro de firmas (*noisy withdrawal*).

Al contrario de lo que ocurrió con el retiro de firmas (*noisy withdrawal*), la versión final de la Parte 205 mantuvo las disposiciones relativas al sistema de informes progresivos (*up the ladder*) y a la revelación de información confidencial sin el consentimiento del

“razonables” de acuerdo con las circunstancias. Desde luego, esta evaluación corresponderá en última instancia al Juez que deberá decidir si el abogado actuó razonablemente y, por lo tanto, cumplió con su obligación o no.

emisor. En el caso del sistema de informes, sin embargo, se introdujo algunos cambios importantes.

En primer lugar, se eliminó la obligación del abogado de documentar las infracciones, las comunicaciones y las respuestas del emisor debido a que ello podría llevarlo a un conflicto entre sus propios intereses y los de su cliente.

En segundo lugar, se estableció que la obligación del abogado de “subir la escalera” desaparece en los siguientes supuestos: (i) cuando, comunicado el hallazgo, el emisor contrata al abogado informante para investigar la infracción, siempre que el Gerente de Asesoría Jurídica informe periódicamente al Comité Calificado para el Cumplimiento del Orden Legal, el Comité de Auditoría, algún otro comité del directorio encargado para el efecto o al propio directorio del emisor respecto de dicha investigación; y, (ii) cuando, comunicado el hallazgo, el emisor contrata al abogado para que elabore una defensa admisible del emisor en cualquier investigación o procedimiento judicial o administrativo, siempre que se informe con una adecuada periodicidad al Comité Calificado para el Cumplimiento del Orden Legal, el Comité de Auditoría, algún otro comité del Directorio encargado para el efecto o al propio Directorio del emisor.

En tercer lugar, se establece que si el emisor prescinde de los servicios del abogado informante y éste tiene razones para creer que ello se debió al hallazgo realizado, podrá informar de esta sospecha al directorio del emisor para que adopte las decisiones que corresponda.

En cuarto lugar, se estableció que el abogado informante o el Gerente de Asesoría Jurídica del emisor sólo podrían recurrir al Comité Calificado para el Cumplimiento del Orden Legal, cuando éste había sido conformado previamente a la realización de los hallazgos. En otras palabras, el emisor no puede conformar un comité *ad-hoc* luego de haber recibido la comunicación del abogado informante.

Finalmente, la versión final de la Parte 205 realizó una serie de precisiones en torno al Comité Calificado para el Cumplimiento del Orden Legal señalando, por ejemplo, que adopta decisiones por mayoría, que dicho comité y el Comité de Auditoría pueden ser el mismo, que debe adoptar procedimientos escritos para la



recepción confidencial, archivo y evaluación de la información que se le presente, etcétera.

5. Responsabilidad profesional de los auditores en el Perú

Hasta el 23 de julio de 2000, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) fue una de las principales fuentes generadoras de trabajo para las sociedades de auditoría. Sin embargo, el mercado de valores en sí mismo explicaba apenas una reducida parte de dicho universo profesional. El grueso estaba conformado precisamente por las empresas que tenían la obligación de presentar información financiera a CONASEV pero no tenían valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores -antes Registro Público de Valores e Intermediarios⁽¹⁶⁾.

(16) En realidad, existe un tercer mercado para las sociedades de auditoría. Se trata de aquellas empresas que, de acuerdo con la Ley General de Sociedades, deciden someter a auditoría sus estados financieros (artículos 226 y 242). En este grupo no incluyo a las sociedades anónimas abiertas por cuanto ellas presentan información a CONASEV. Ahora bien, es menos probable que una sociedad anónima cerrada recurra *motu proprio* a los servicios de una sociedad de auditoría por cuanto, en general, la administración y la propiedad se encuentran en cabeza de la misma persona o del mismo grupo de personas. Consecuentemente, existe confianza respecto de las cifras contables y la auditoría es percibida como un costo injustificado.

En efecto, todas las empresas que tienen valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores y aquéllas cuyo funcionamiento es autorizado por CONASEV -sociedades agentes de bolsa, administradoras de fondos, bolsas de valores, clasificadoras de riesgo, etcétera- tienen la obligación de presentar a dicha entidad información financiera auditada. Por lo tanto, son demandantes de servicios de auditoría. Estas empresas, no obstante, son un mercado constituido por aproximadamente 250 emisores y, quizás, unas cuarenta o cincuenta empresas autorizadas adicionales. Es decir, se trata de un mercado de aproximadamente 300 empresas. Además, debe considerarse que las empresas que participan en el mercado de valores son, en su mayoría empresas medianas y grandes que usualmente constituyen el público objetivo de las tres o cuatro grandes sociedades de auditoría. Por lo tanto, es un mercado en la práctica cerrado al resto de las sociedades de auditoría.

Por el otro lado, en cambio, estaban las empresas que presentaban información con fines estadísticos. Esto es, las empresas inscritas en el denominado Registro de Personas Jurídicas. En efecto, el artículo 2 inciso b) de la Ley Orgánica de CONASEV, Decreto Ley 26126 establecía que dicha entidad estaba encargada de:

“supervisar a las personas jurídicas organizadas de acuerdo a la Ley General de Sociedades y a las sucursales de empresas extranjeras que se hallen dentro de los límites que la propia Comisión fije, así como a las cooperativas”.

Esta norma debía ser leída conjuntamente con la Decimocuarta Disposición Final del Decreto Legislativo 861, Ley del Mercado de Valores, que establecía que:

“Precísese que la función supervisora que ejerce CONASEV sobre las personas jurídicas organizadas de acuerdo a la Ley de Sociedades, así como a las cooperativas, con excepción de las de ahorro y crédito, está circunscrita a la presentación de información financiera por parte de las mismas”.

En otras palabras, CONASEV recababa información financiera auditada proveniente de empresas que no participaban en el mercado de valores, dentro de los

límites fijados por la propia Institución. A grandes rasgos, esta obligación de presentación de información financiera únicamente excluía a las micro empresas, comprendiendo por lo tanto a pequeñas, medianas y grandes empresas⁽¹⁷⁾. Para darnos una idea de las dimensiones de este mercado, al cierre de 1997 se encontraban inscritas en el Registro de Personas Jurídicas 9,592 empresas, de las cuales, 5,792 presentaron estados financieros auditados⁽¹⁸⁾. Se trataba pues, para las sociedades de auditoría, de un mercado mucho más importante que el de aquellas empresas participantes en el mercado de valores.

Con el objeto de controlar con mayor eficiencia el desempeño de las sociedades de auditoría, CONASEV estableció una Sección de Sociedades Auditoras en el Registro Público de Valores e Intermediarios. De acuerdo con lo establecido por el artículo 55 del reglamento de dicho registro (Resolución CONASEV 909 91 EF/94.10.0), toda información financiera auditada que tuviera que ser presentada a CONASEV, debía ser dictaminada por una sociedad de auditoría previamente inscrita en el Registro Público de Valores e Intermediarios.

La inscripción en el Registro Público de Valores e Intermediarios otorgaba a CONASEV un poder significativo respecto de las sociedades de auditoría. En efecto, el artículo 75 del reglamento del registro antes citado, contemplaba también causales de exclusión. Entre ellas, desde luego, estaba la no sustentación de los dictámenes emitidos y la realización de auditorías deficientes a juicio de CONASEV.

La sanción que podría imponer CONASEV a una sociedad de auditoría por no realizar bien su trabajo era, consecuentemente, bastante importante. Al excluir a una sociedad de auditoría del registro, CONASEV cerraba a dicha empresa un mercado de más de seis mil potenciales clientes. Pese a ello, como puede verse, la parte más importante de la sanción no estaba dada por la imposibilidad de auditar a empresas participantes del mercado de valores sino por la imposibilidad de auditar al resto de las empresas que debían presentar información financiera a CONASEV.

En septiembre de 1996 se expidió el Decreto Legislativo 850, que creó el Registro Único de

(17) Las dimensiones empresariales son muy relativas a un lugar y momento determinados. Así, lo que es una gran empresa para el Perú, puede ser una pequeña empresa para los parámetros europeos. En el Perú, sin embargo, a pesar de que las metodologías de evaluación de créditos varían de una institución financiera a otra, existe una especie de consenso en considerar que las micro empresas son aquellas cuyas ventas anuales son inferiores a US\$ 50,000.00. Para mayor detalle, ver: TORRES TEJADA, Fiorella *El Mercado de Valores como fuente alternativa de financiamiento para la pequeña y mediana empresa en el Perú*. En: *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores*. Número 6. Julio 2002.

(18) Fuente: Estudio no publicado de la Gerencia de Investigación y Desarrollo de CONASEV.

Sociedades de Auditoría (RUNSA). Tal como CONASEV con su sección de Sociedades Auditoras del Registro Público de Valores e Intermediarios, la Superintendencia de Banca y Seguros y la Contraloría General de la República tenían sus propios registros en los que debían inscribirse todas las sociedades de auditoría que desearan prestar servicios para alguno de los supervisados por dichas instituciones. La idea del Decreto Legislativo 850 fue crear una comisión conformada precisamente por los representantes de estas instituciones más el Viceministro de Economía, para clasificar a las sociedades de auditoría así como unificar los registros de las entidades integrantes.

El efecto disuasivo del RUNSA era todavía mayor que el de la Sección de Sociedades Auditoras del Registro Público del Mercado de Valores. Aun cuando la administración del RUNSA estaba a cargo de la Contraloría General de la República, tanto la Superintendencia de Banca y Seguros como CONASEV se encontraban facultadas a continuar imponiendo sanciones -usualmente multas- y tales sanciones eran comunicadas al RUNSA, inhabilitándose inmediatamente por el plazo de un año a la sociedad de auditoría sancionada. Por lo tanto, una sanción implicaba al mismo tiempo la multa y la suspensión, debiendo considerarse, además, que la exclusión de este gran registro único no solamente implicaba perder el mercado de empresas supervisadas por CONASEV sino, adicionalmente, perder el mercado de empresas supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros -constituido por, aproximadamente, un centenar de empresas- y el de las entidades supervisadas por la Contraloría General de la República -constituido por todo el sector público aunque, a diferencia de las empresas supervisadas, no generan trabajo de auditoría de manera regular sino eventual.

Sin embargo, el 23 de julio de 2000 el panorama cambió radicalmente. Al derogarse el artículo 2 inciso b) de la Ley Orgánica de CONASEV desapareció la obligación de las empresas no participantes en el mercado de valores de presentar estados financieros auditados. Consecuentemente, el mercado cautivo de las sociedades de auditoría se redujo notablemente. Esta derogación tuvo el obvio efecto de reducir los ingresos de las sociedades de auditoría.

Ahora bien, no es mi intención cuestionar la eliminación del artículo 2 inciso b) de la Ley Orgánica de CONASEV. De hecho, la obligación de las empresas no listadas de presentar información financiera a CONASEV con fines meramente estadísticos generaba costos injustificados para esas empresas. Es probable, por lo

tanto, que eliminar tal obligación fuese una decisión acertada. Sin embargo, es incuestionable y objetivo que la posición de las sociedades de auditoría desmejoró con la derogación de la indicada norma pues acarreó la pérdida de una gran parte de su mercado cautivo.

El segundo efecto de la derogación fue, además, disminuir la importancia del RUNSA. Aun cuando la inscripción en este registro implicaba la habilitación para auditar a cualquier empresa o entidad supervisada por CONASEV, la Superintendencia de Banca y Seguros y la Contraloría General de la República, dicho universo había disminuido en más de seis mil empresas. Debe adicionarse a ello, como ya he señalado anteriormente, que una parte de este mercado de entidades supervisadas está prácticamente reservado a las grandes sociedades de auditoría.

Sin embargo, el cambio más importante en la situación de las sociedades de auditoría se produjo más bien con la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 31 de julio de 2001.

Esta sentencia se dictó como consecuencia de una acción de inconstitucionalidad presentada por el Decano del Colegio de Contadores Públicos de Lima contra el Decreto Legislativo 850 que creó el RUNSA. Los fundamentos de la acción eran que la referida norma infringía diversos artículos de la Constitución Política del Perú referidos a la autonomía de los colegios profesionales, a la igualdad ante la ley y a la libre competencia.

Luego de evaluar los argumentos presentados, el Tribunal Constitucional encontró que el artículo 3 del Decreto Legislativo 850 efectivamente infringía la Constitución. En su sentencia, se refirió expresamente a una violación de la autonomía de los colegios profesionales -consagrada por el artículo 20 de la Carta Magna- y a una violación de la garantía de la libre competencia -contemplado por el artículo 61 de la Constitución. El Tribunal Constitucional no se pronunció respecto de una presunta infracción del derecho constitucional a la igualdad ante la ley.

La sentencia del Tribunal Constitucional señaló que si bien la creación misma del RUNSA no era inconstitucional, sí lo era el hecho de que sólo las sociedades de auditoría inscritas en él pudieran prestar sus servicios a las entidades supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, la Contraloría General de la República y CONASEV. Efectivamente, la citada sentencia señaló que el artículo 3 del Decreto Legislativo 850 era inconstitucional por cuanto:

“priva a los contadores no inscritos en el registro allí creado -llamado RUNSA-, del derecho de prestar

servicios de auditoría a las respectivas entidades estatales, desconociendo, por tanto, los correspondientes derechos que le otorgan los Colegios de Contadores, e, indirectamente, y por esa misma circunstancia, las facultades que a dichos Colegios otorga la Constitución; (...)”.

En otras palabras, puede crearse cualquier registro administrativo pero éste no debe tener el efecto de exclusión respecto de quienes, cumpliendo con los requisitos impuestos por su Colegio Profesional, no se encuentren inscritos en él.

Ahora bien, aunque la sentencia del Tribunal Constitucional sólo se refiere al artículo 3 del Decreto Legislativo 850, el razonamiento contenido en ella lleva a concluir que los registros que antes de la existencia del RUNSA habían llevado CONASEV, la Superintendencia de Banca y Seguros y la Contraloría General de la República eran también contrarios al orden constitucional. En otras palabras, la inscripción en el registro no debía tener un efecto de exclusión: aun quienes no se hallaran en él debían poder prestar servicios profesionales.

Por lo tanto, se colige que la creación de cualquier otro registro que disminuya los derechos de ejercicio profesional otorgados por los Colegios Profesionales atentaría igualmente contra la Constitución. En consistencia con lo anterior, casi exactamente un año después de haberse derogado la obligatoriedad de la inscripción en el RUNSA, el registro mismo fue desaparecido. Sin embargo, la Contraloría General de la República cuenta actualmente con otro registro denominado Registro de Sociedades Calificadas para la Designación y Contratación de Auditorías en las Entidades Sujetas a Control, que cumple el mismo objetivo que el RUNSA pero que sólo alcanza a la Contraloría General de la República. Inclusive, la Superintendencia de Banca y Seguros estaría evaluando también de un nuevo registro con las mismas características. En mi opinión, en tanto el Tribunal Constitucional no cambie el criterio consagrado en su sentencia de fecha 31 de julio de

2001, estos nuevos registros adolecerían del mismo vicio de inconstitucionalidad atribuido al RUNSA.

Pese a todo lo anterior, con o sin la existencia de nuevos registros que reemplacen al RUNSA, tanto la Superintendencia de Banca y Seguros como CONASEV y la Contraloría General de la República mantienen sus facultades de supervisión sobre la labor de las sociedades de auditoría, siempre que ésta se lleve a cabo respecto de una entidad supervisada. Los mencionados organismos públicos pueden continuar requiriendo la sustentación de dictámenes de auditoría y pueden, incluso, imponer multas cuando estiman que la sociedad de auditoría no ha realizado un trabajo adecuado. Lo que se concluye del razonamiento del Tribunal Constitucional es que sólo los Colegios Profesionales pueden decidir sobre el ejercicio profesional en sí mismo. Es decir, nadie sino los Colegios Profesionales pueden determinar que un contador se encuentra habilitado o no para prestar servicios de contabilidad o de auditoría. Por lo tanto, las instituciones arriba indicadas no podrían crear registros que signifiquen una exclusión ni disponer sanciones de inhabilitación respecto de los auditores.

Ahora bien, la labor de los Colegios Profesionales se basa principalmente en la aplicación de sus respectivos Códigos de Ética Profesional. El Código de Ética Profesional del Colegio de Contadores aborda los puntos más importantes materia de la presente discusión: se refiere al secreto profesional, a la independencia e imparcialidad para emitir una opinión, a las infracciones y a las sanciones aplicables. Aunque pueden hacerse algunas observaciones respecto de las normas del Código de Ética⁽¹⁹⁾, resulta claro que ese no es el problema. El Código de Ética apenas ha sido aplicado e inclusive existen dos casos de denuncias realizadas por CONASEV que el Colegio de Contadores Públicos no ha sancionado debidamente⁽²⁰⁾. En consecuencia, no es la insuficiencia de las normas del Código de Ética lo que ha motivado que los Colegios de Contadores no realicen un control suficiente respecto del adecuado ejercicio profesional.

(19) Por ejemplo, que no define términos como “intervención de importancia” utilizado en el artículo 19 para definir la falta de independencia. Considerando el principio de legalidad que debe observar toda sanción, esta vaguedad podría ser un problema. Otro artículo que merece un rápido comentario sería el 53, que considera que la gravedad de las infracciones se mide en función de “la trascendencia que la falta tenga para el prestigio y estabilidad de la profesión de Contador Público”. Este artículo es peligroso pues podría entenderse que las infracciones no se miden por sus propios méritos sino por el escándalo que puedan causar. Consecuentemente, existe la posibilidad de que alguien interprete que la falsificación de un registro contable podría ser leve o que la simple demora en emitir un dictamen es grave dependiendo de si estas situaciones han producido un escándalo o han pasado desapercibidas para la opinión pública.

(20) Ver: Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV 040-99-EF/94.12 del 8 de septiembre de 1999 (artículo 13) y Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV 028-2000-EF/94.12 del 21 de diciembre de 2000 (artículo 9).

6. Responsabilidad profesional de los abogados en el Perú

En el caso de la responsabilidad profesional de los abogados, la situación es similar, aunque en el caso de los abogados, no existen cambios dramáticos del escenario como en el caso de los auditores con la declaración de inconstitucionalidad del RUNSA.

El Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú es una herramienta razonablemente adecuada para velar por el correcto ejercicio de la profesión. De hecho, el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú contiene disposiciones que -en comparación con su similar del Colegio de Contadores- contiene disposiciones mucho más cercanas a los conceptos desarrollados por la Ley Sarbanes Oxley de los Estados Unidos, pese a haber sido aprobadas en el año 1997.

En efecto, aunque el artículo 10 consagra muy correctamente el secreto profesional, el artículo 12 contiene dos excepciones muy importantes. En primer lugar, se faculta al abogado a revelar información protegida bajo el secreto profesional cuando esto favorece su propia defensa. Dicha facultad, desde luego, no se encuentra condicionada a la aceptación por parte de quien confió al abogado la información protegida.

Sin embargo, el propio artículo 12 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú va todavía más lejos. La indicada norma establece que “Cuando un cliente comunica a su Abogado la intención de cometer un delito, tal confidencia no queda amparada por el secreto profesional”. E incluso agrega que “El Abogado debe hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro.” Estas normas, pues, establecen una deber positivo por parte del abogado para evitar la comisión de un delito. Aunque no llegan al detalle del sistema de informes progresivos que significa el *up the ladder* consagrado por la Ley Sarbanes Oxley, son absolutamente compatibles con él. En otras palabras, en caso de adoptarse el modelo de la Ley Sarbanes Oxley, el sistema de informes progresivos podría ser la forma en que se cumpla con este deber de “hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro”.

Finalmente, el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú también aborda el tema de la renuncia a la representación. El artículo 32 de dicho cuerpo normativo señala que “Cuando el abogado

descubra en el juicio un engaño o equivocación que beneficie injustamente a su cliente deberá comunicárselo para que rectifique y renuncie al provecho que de ella pudiera obtener. En caso de que el cliente no esté conforme, puede el Abogado renunciar al patrocinio”. Aunque esta disposición está claramente referida a un proceso judicial y tiene un supuesto muy específico, se refiere al tema de la renuncia a la representación por cuestiones de justicia.

Por lo tanto, el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú es un dispositivo idóneo para salvaguardar el adecuado ejercicio profesional de los abogados. Al menos, en los aspectos que he revisado en el presente artículo.

Sin embargo, al igual que en el caso de los contadores, existe un número relativamente bajo de sanciones y, tal como ha sido analizado, la causa no es una insuficiencia normativa. Baste con señalar, a modo de ejemplo, que de toda la red de corrupción vinculada a Vladimiro Montesinos, al 29 de septiembre de 2003 sólo dos abogados habían sido expulsados del Colegio de Abogados de Lima, cuatro fueron suspendidos y otros veintiocho se encontraban sujetos a investigación⁽²¹⁾. Es decir que de toda esta gigantesca red de corrupción que involucró a tantos abogados -por haber comprendido a instituciones como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones, el Tribunal Constitucional, entre otras- existe un número bastante limitado de sancionados. En estos casos, según afirmó el secretario del Consejo de Ética del Colegio de Abogados de Lima, los principales problemas son la falta de pruebas -debido a que los jueces anticorrupción y el Congreso no las proporcionan con facilidad- y la falta de colaboración de los implicados.

Además, es preciso anotar que -sin dejar de reconocer la actitud combativa que en todo momento tuvo el Colegio de Abogados de Lima respecto del gobierno fujimorista- todas las investigaciones y sanciones de las que estamos hablando fueron iniciadas después de la caída del régimen.

Aun cuando es loable que el Colegio de Abogados de Lima haya decidido aplicar el Código de Ética Profesional en estos casos -de hecho, al parecer, es el único Colegio Profesional que lo viene haciendo- lo ideal hubiera sido que ello ocurriese de manera más oportuna. Una vez caído el régimen, el proceso de aplicación de estas sanciones se debilita por cuanto alguna persona poco informada podría considerarlo una venganza política.

(21) CASTILLA C., Óscar. *Investigan a 28 abogados por vínculos con ex asesor*. En: *El Comercio*. 29 de septiembre de 2003. p. a8.

Más allá de las dificultades que puede implicar el imponer una sanción disciplinaria a un miembro de un Colegio Profesional cuando existen procesos judiciales e investigaciones del Congreso en trámite, como ocurre con los casos vinculados a Vladimiro Montesinos, cabe preguntarse: si la falta de pruebas es una dificultad cuando estamos hablando de una red de corrupción que se hizo pública y escandalosa, que tenía videos que fueron difundidos en televisión nacional, ¿qué podemos esperar de la corrupción cotidiana, aquella que requiere de mucha más investigación para ser descubierta, aquella que individualmente considerada es menos trascendente pero que, sumados sus pequeños casos, dan lugar a una situación generalizada que daña más severamente al país y que sobrevive a cualquier cambio de gobierno? Si después de un escándalo de corrupción mayúsculo que quedará para la historia mundial por sus inverosímiles dimensiones sólo un Colegio Profesional se anima a imponer sanciones por faltas a las normas éticas de las diversas profesiones involucradas ¿qué puede esperarse de los casos que “solamente” involucran fraude a nivel privado y que “apenas” afectan a los cientos o miles de personas que son accionistas de alguna empresa que participa en el mercado de valores?

7. La situación de los Colegios Profesionales

La posibilidad de que los Colegios Profesionales actúen efectivamente como fiscalizadores del desempeño de sus agremiados depende de varios factores. En mi opinión, las condiciones actuales no son favorables para que cumplan con esta labor.

En la actualidad, la situación del mercado crea los incentivos para que existan profesionales auditores y abogados que falten a las normas de ética. Es evidente que la oferta por servicios legales -esto es, el número de abogados existente- supera con creces la demanda por estos mismos servicios. Es parte del fenómeno que -a nivel macro- se conoce como desempleo y subempleo y que origina alusiones cada vez más frecuentes a que en el Perú existen personas que, pese a haber estudiado en la universidad, deben subsistir como taxistas o vendedores. Si contamos a los competidores informales -esto es, los tramitadores y leguleyos, quienes ejercen ilegalmente la profesión- la desproporción es mucho mayor. El exceso de oferta genera que, por ganar a un

cliente, siempre haya abogados dispuestos a sustentar cualquier cosa que el cliente desee que sea sustentada.

En el caso de las sociedades de auditoría, la situación de mercado es similar. Existe una gran cantidad de sociedades de auditoría para un mercado bastante limitado de entidades que requieren sus servicios⁽²²⁾.

A esto debe agregarse el clima de competencia que existe entre los propios colegios profesionales. Si un colegio profesional en particular pone requisitos muy estrictos para admitir y mantener en la orden a sus agremiados, crea incentivos para que éstos migren a otros colegios profesionales que tengan normas menos estrictas. Los colegios profesionales, en realidad, se hallan en competencia por acceder a una porción del mercado de potenciales agremiados.

La pregunta por responder es ¿en qué puede basarse la competencia entre dos colegios profesionales? Si se basa en precios entonces puede preverse que, conforme la competencia se haga más dura, los colegios profesionales tenderán a dejar de lado su costosa función de supervisión del desempeño de sus agremiados. Y cuando me refiero a los costos, es indudable que no solamente está involucrado el costo económico de la admisión al colegio profesional o las cuotas periódicas.

Si un colegio profesional exige a sus agremiados un número mínimo de horas de capacitación, o los somete a revisiones periódicas, o les exige prestación de servicio social como requisitos para mantenerse como miembros hábiles de la orden, todos estos requisitos generan costos para los agremiados. Para un profesional es “más caro” mantenerse en un colegio que le exige estudiar más, actualizarse más, someterse a revisiones, etcétera.

Si la competencia entre colegios profesionales se basa en precio, los agremiados tenderán a escoger al colegio profesional que le represente menos costos y, por lo tanto, una organización que exija requerimientos tan deseables y razonables como los que he puesto a modo de ejemplo, tenderá a perder cuota del mercado.

Inclusive, al interior de un colegio profesional, una autoridad o directiva que sea demasiado dura en la supervisión del ejercicio profesional de los miembros de su orden enfrenta el problema de no mantenerse al frente de la Institución puesto que, a fin de cuentas, está sancionando a los miembros de su electorado.

(22) En el año 2001, habían 248 sociedades de auditoría inscritas y habilitadas en el RUNSA. Esta cifra no es representativa. Cada Colegio de Contadores tiene sus propios registros y no he podido conseguir información sobre el número de sociedades de auditoría que pudiera existir en total, sumando los registros de cada Colegio de Contadores. No obstante ello, las 248 sociedades de auditoría ya resultan demasiadas para un mercado de menos de 500 empresas.

Es claro que se trata de un tema bien complejo que no puede resolverse en poco tiempo. Sin embargo, para enfrentarlo exitosamente se requiere trabajar en varios frentes que, en mi opinión, deberían incluir cuando menos:

a) Formación. Existe la costumbre de considerar que la inversión en formación y en educación sólo surte efectos en plazos muy largos y que sólo tiene sentido entre los más jóvenes. Aunque como tendencia esto probablemente sea cierto, tal dificultad no debería excusarnos de empezar a invertir en la impostergable tarea de formar adecuadamente a los profesionales. Desde luego, el comportamiento ético de una persona depende varios factores incluyendo su entorno social y familiar. Sin embargo, la tarea formativa continúa. Y no sólo en la universidad. Probablemente, un estudiante apreciará mucho más el valor del ejemplo recibido durante sus prácticas pre profesionales -donde se supone que aprende cómo son las cosas en la vida real- que los conceptos de ética o deontología forense que pueda haber estudiado durante las sesiones de clase.

La formación, además, no sólo atañe a los estudiantes de Derecho o a los profesionales jóvenes. En este rubro es también imprescindible trabajar con las autoridades de los Colegios Profesionales para hacerlas conscientes acerca de la tarea que les toca cumplir. Aun en el caso de que no sea posible eliminar todos los incentivos que perjudican la actuación de los Colegios Profesionales como custodios del correcto ejercicio profesional, hacer que sus autoridades comprendan lo esencial y delicado de su labor puede ayudar a contrarrestar tales incentivos.

b) Procedimientos de Sanción. El control entre pares siempre trae implícita la dificultad del indeseable apañamiento mutuo. Una manera de combatir este peligro es que los Colegios Profesionales conformen órganos sancionadores -usualmente llamados "Tribunales de Honor"- con la participación de otras entidades que puedan disminuir el riesgo de parcialidad y darle transparencia al procedimiento. Así, por ejemplo, los Colegios de Contadores podrían otorgar cupos de participación en sus órganos sancionadores a las

entidades pública que más consumen la información que producen sus agremiados. Es decir, otorgar participación a las entidades que conformaron el RUNSA: la Superintendencia de Banca y Seguros, CONASEV y la Contraloría General de la República.

Desde luego, éstos no necesariamente deben ser los únicos participantes. El concepto de fondo, sin embargo, es el que subsiste: el otorgar participación en el proceso de control a quienes están legítimamente interesados en que dicho proceso obtenga resultados concretos puede hacer más eficaz la labor de control por parte de los Colegios Profesionales.

c) Competencia entre los Colegios Profesionales. A diferencia de lo que ocurría hace unos doce años, en las profesiones en las que la colegiación es obligatoria -que es precisamente el caso de abogados y contadores- basta agremiarse a cualquier Colegio Profesional de la República para poder ejercer en todo el territorio nacional⁽²³⁾. Este modelo tiene aspectos positivos y negativos.

El aspecto positivo más importante es la competencia. Si para ejercer en un distrito judicial fuera imprescindible colegiarse en ese lugar, cada Colegio Profesional se convertiría en un monopolio. En efecto, sería la única entidad que, dentro de determinada demarcación territorial, puede decidir quiénes ejercen la profesión. Esto traería consigo el típico problema del monopolio. Esto es, el abuso de la posición de dominio por parte de la entidad que lo detenta. El modelo existente, por lo tanto, disminuye -no elimina- esa posición de dominio y genera un mayor nivel de competencia.

El negativo más importante, sin embargo, es también la competencia. Si la competencia entre Colegios Profesionales se traslada al precio, dicho esquema competitivo afectará la calidad de servicios que, supuestamente, debería brindar. Dado que entre estos beneficios se encuentra aquél que es materia de este artículo -una adecuada fiscalización respecto del correcto ejercicio profesional por parte de sus agremiados- la situación se torna preocupante.

(23) Mediante Decreto Ley 25873 de fecha 24 de noviembre de 1992, se estableció que: "(...) el libre ejercicio de las profesiones universitarias liberales en todo el territorio nacional, exigirá sólo la inscripción en uno de los Colegios Departamentales de la Profesión correspondiente; en consecuencia bastará la presentación de la acreditación que otorgue el respectivo Colegio Departamental". Además, para el caso específico de los abogados, mediante Resolución Administrativa 052-CME-PJ de fecha 19 de febrero de 1996, se dispuso que: "(...) los Magistrados del Poder Judicial autoricen el ejercicio de la Defensa ante los órganos jurisdiccionales, de aquellos abogados patrocinantes que acrediten la sola inscripción en uno de los Colegios de Abogados de la República; sin ser exigible por autoridad alguna que el Colegio Profesional se ubique o sea cercano al Distrito Judicial en el que se ejerce la abogacía". Esta resolución fue aclarada posteriormente en dos oportunidades mediante Resoluciones Administrativas 075-CME-PJ (de fecha 10 de abril de 1996) y 104-CME-PJ (de fecha 31 de mayo de 1996) con el objeto de enfatizar que los abogados debían seguir pagando sus cuotas periódicas a sus respectivos Colegios y que solo podían ejercer "ocasionalmente" en otros distritos judiciales.

Es evidente que una forma de abaratar los costos de un Colegio Profesional es prescindir de ciertos órganos o tareas. El Colegio Profesional puede dedicar muchos recursos a la “supervisión” de sus agremiados: puede establecer Tribunales de Honor con sus secretarios técnicos, puede hacer inspecciones, puede investigar de oficio, etcétera. Pero también puede optar por no mantener ese aparato y, “en los casos en que lo amerite” conformar un tribunal “*ad-hoc*” y “*ad-honorem*”. Como es obvio, estas dos posibilidades implican grandes diferencias en costos pero también en eficacia. Si la competencia entre los Colegios Profesionales se basa principalmente en el factor precio, la tendencia será a un modelo más parecido al segundo ejemplo que al primero⁽²⁴⁾.

Pero este análisis puede ir bastante más lejos. Después de todo, “los clientes” de un Colegio Profesional son sus agremiados. El beneficio que los agremiados reciben de una labor de supervisión respecto de ellos es apenas indirecto -básicamente, el prestigio de pertenecer a un Colegio Profesional que es muy exigente con sus agremiados- por lo que no necesariamente apreciarán demasiado los esfuerzos fiscalizadores del Colegio Profesional. Inclusive, en el hipotético extremo del cinismo, un Colegio Profesional -o un candidato a la Mesa Directiva de un Colegio Profesional- podría publicitarse entre su público afirmando que dedicará su gestión a defender a sus agremiados y no a perseguirlos. Probablemente,

este mensaje generará mayores adhesiones que las de un Colegio Profesional -o un candidato a la Mesa Directiva de un Colegio Profesional- que prometa mantener entre sus filas “sólo a los mejores” abogados.

En la actualidad no existen restricciones para este tipo de prácticas. Un profesional sancionado, inhabilitado o expulsado de un Colegio Profesional puede, inmediatamente, ir a otro y obtener una nueva colegiatura que le permita seguir ejerciendo la profesión como si la sanción no hubiera existido⁽²⁵⁾.

8. Conclusión

Dado que soy consciente de la complejidad del tema, el presente artículo no pretende cerrar la discusión acerca de la forma en que debería regularse la conducta profesional de abogados y contadores en un mercado transparente. Tal como lo señalé en la introducción, este artículo pretende, más bien, todo lo contrario: iniciar la reflexión respecto de una tendencia que podría iniciarse en el mundo respecto del rol cada vez más importante -y con cada vez mayores responsabilidades- que la legislación confía a estos profesionales. Analizar si el cambio es beneficioso, si estamos preparados para él o si las experiencias internacionales pueden enseñarnos algo, es un ejercicio que en mi opinión debería realizarse constante y obligatoriamente. Confío en que este trabajo pueda constituir un aporte en esa tarea. ^{RG}

(24) Dejo a criterio del lector la evaluación respecto de cuál es el modelo más parecido al de su propio colegio profesional en particular.

(25) La posibilidad de que una persona se incorpore a un colegio profesional sin importar sus antecedentes nace del derecho fundamental de asociación recogido en la Constitución. Este derecho, unido a la autonomía que la Constitución reconoce a los Colegios Profesionales podría hacer cuestionable una norma legal que tenga por objeto impedir estas prácticas. Pese a que no me ha sido posible documentarlo, tengo entendido que desde el año 2002 existe un acuerdo de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú para eliminar esta posibilidad. Sin embargo, mientras no exista una norma del Estado que aborde la situación -siempre que ello se considere constitucionalmente posible- estos acuerdos tienen la obligatoriedad de un contrato. Por lo tanto, solo obligan a quienes los adoptaron.