

La reelección de los auditores de cuentas

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO **GENERAL**.—II. CARÁCTER CONTRAC-TUAL Y NO ORGÁNICO DE LA RELACIÓN DEL AUDITOR CON LA SOCIEDAD AUDITADA.—III. NATURALEZA DEL CONTRATO ENTRE AUDITOR Y SOCIEDAD AUDITADA: ARRENDAMIENTO DE **OBRA**.—IV. EL PROBLEMA DE LA REELECCIÓN.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La nueva redacción dada al apartado 1 del artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas por el número 18 de la Disp. Adic. 2.^a de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23-3-95, que también modificó el artículo 8.4 de la Ley de Auditoría de Cuentas de 12-7-88 en la Disp. Adic. 6.^a, aparentemente podría haber zanjado la discusión anterior sobre la prórroga del nombramiento de auditores, al admitir ahora lisamente su reelección. Pero en mi opinión la reelección es un tema discutible, o al menos, pueden oponerse a la misma serios reparos. A mi modo de ver, el derogado artículo 204.1 de la LSA (como también el derogado **art.** 8.4 LAC) era contrario a la prórroga (aunque la Res. de 25.10.93 admitiera su validez), y ahora entiendo que los argumentos contrarios a la prórroga siguen siendo los mismos que pueden alegarse para poner en tela de juicio la reelección. La impresión que tengo es que en este punto la legislación española es titubeante y poco decidida, aunque en su descargo tengo que alegar la gran flexibilidad de la IV Directiva de 25.7.78, que contrariando la aspiración **armonizadora** de las normas comunitarias, hace que en esta materia, mientras el Derecho francés e italiano es contrario a la prórroga del nombramiento de auditores; el inglés y alemán la admiten, y ahora también expresamente admite la reelección el artículo 204.1 de la LSA.

Artículo 204.1 LSA. Las personas que deben ejercer la auditoría de cuentas serán nombradas por la junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar, por un período de tiempo determinado inicial, que no podrá ser inferior a tres años ni inferior a nueve a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar, pudiendo ser reelegidas por la junta general anualmente una vez haya finalizado el período inicial.

De igual modo quedó modificado el artículo 8.4 LAC, armonizándolo con la reforma de la LSA, que queda con la siguiente versión:

Artículo 8.4 LAC. Los auditores serán contratados por un período de tiempo determinado inicial, que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar, pudiendo ser contratados anualmente una vez que haya finalizado el período inicial.

Ciertamente que la regulación de las auditorías viene impuesta por las Directivas comunitarias, siendo totalmente insuficiente los antiguos accionistas censores de cuentas de la vieja LSA de 1951. La IV Directiva referida a las cuentas anuales de determinadas sociedades de capital, y la VII Directiva de 13.6.83 sobre las cuentas consolidadas (art. 13-3), impone que los auditores deben verificar si las cuentas anuales recogen «la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, y los resultados de la sociedad», debiendo verificar igualmente «la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio» (arts. 51 IV Directiva; 37 VII Directiva). La VIII Directiva de 10.4.84 prescribe las condiciones que han de reunir los auditores, en definitiva su **cualificación** técnica y profesional, en aras de la armonización del control público de su cualificación profesional, tanto en el plano de los conocimientos teóricos y prácticos, como sobre las materias que han de ser objeto de su verificación (arts. 4, 5 y 6 VIII Directiva), para señalar de modo destacadísimo la necesidad de que los auditores actúen con plena independencia (art. 24 VIII Directiva).

Precisamente en este punto, si la VIII Directiva preconiza la independencia como un valor absoluto que debe presidir la actuación de los auditores, sin embargo deja a cada Estado miembro la forma de exigir tal independencia (1) tema en el que incide el nuevo artículo 204.1 LSA, que al permitir la reelección, en mi opinión, puede perturbar tal exigencia.

(1) Ciertamente que las Directivas son normas vinculantes en cuanto a los objetivos que persiguen, dando libertad a cada Estado miembro en lo que se refiere a los medios con los cuales lograr aquellos objetivos. Vid. TORRENT, *Instituciones de Derecho Privado. Derecho Civil. Parte General*, I, 1, Zaragoza, 1994, pág. 85; y con más amplitud,

Hoy no cabe dudar de la importancia creciente de la revisión contable de las sociedades de capital (de la que están exceptuadas las que cumplan los requisitos del art. 181 LSA, también reformado por la Disp. Adic. 2.^a n. 13 de la LSRL). Si la independencia es un valor prioritario del auditor, y así lo preconiza el artículo 8.1 LAC, entiendo que esta independencia puede ser menoscabada por la misma sociedad auditada (que tiene en sus manos la reelección de los auditores), como por la misma sociedad de auditoría (realizando para la auditada tareas distintas de la auditoría o realizando la auditoría a la medida del cliente en espera de la reelección), y si el auditor debe enjuiciar con independencia los documentos contables de la sociedad auditada, puede ver menoscabado su juicio por la posibilidad de su reelección. Si aquella independencia se veía fortificada *a priori* con el plazo taxativo por el que se contrataba a los auditores, mínimo de tres años, máximo de nueve, sin posibilidad de ser reelegidos hasta haber pasado tres ejercicios; hoy, la posibilidad de reelección, que incluso prescinde de aquella *vacatio* de tres años desde el último ejercicio auditado, puede mermar su independencia.

II. CARÁCTER CONTRACTUAL Y NO ORGÁNICO DE LA RELACIÓN DEL AUDITOR CON LA SOCIEDAD AUDITADA

Junto al tema de la independencia hay que afrontar otro tema del máximo interés en evidente conexión con aquél: si el auditor es un órgano de la sociedad, o por el contrario, es una institución externa. Las Directivas no se pronuncian sobre este punto, y las legislaciones comunitarias presentan discordancias al respecto. Si en Francia predomina la tesis de que es un órgano social (2); en Alemania (3) e Italia (4) prevalece el carácter externo a la empresa auditada. En la legislación comunitaria es sintomático que la Propuesta modificada de V Directiva de 19-8-83 sobre estructura de las

y con referencia a un aspecto muy concreto, como es la publicidad de las sociedades, en mi trabajo «¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 CCOM y 9 RRM)», en *RCDI*, 618 (1993), págs. 1391 y sigs.

(2) CANTÍN, *Le controle de la gestion des sociétés anonymes*, París, 1975, pág. 187; RIPERT/ROBLLOT, *Traite élémentaire de Droit Commercial*, I, 10.^a ed., París, 1980, pág. 867; VIANDIER, *Droit comptable*, París, 1984, pág. 326.

(3) CLAUSEN, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2.1, Köln-Berlin-Bonn-München, 1971, págs. 158 y sigs.; KROPFF, en HEFERMEHL/ECKARDT/KROPFF, *Aktiengesetz*, III, München, 1973, págs. 387 y sigs.; BAUMBACH-DUDEN/HOPT, *Handelsgesetzbuch*, 27.^a ed., München, 1987, pág. 771.

(4) FORTUNATO, *La certificazione del bilancio. Profili giuridici*, Napoli, 1985, pág. 51; BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, Milano, 1985, págs. 170 y sigs.

sociedades anónimas, poderes y obligaciones de sus órganos, obligación de verificación de las cuentas anuales por auditores independientes (5), no emplea la expresión órgano para los auditores, y además los excluye expresamente de los órganos sociales: administradores, junta general, órgano de supervisión. Hay que entender por órgano de supervisión lo que alguna legislación como la alemana, que con el *Aufsichtsrat*, órgano de vigilancia, y en definitiva de alguna manera coadministrador, estableció como órgano social revisor de los documentos contables elaborados por el *Vorstand* desde la publicación del HGB en 1897, y que podría parangonarse con nuestros accionistas censores de cuentas de la derogada LSA de 1951.

No creo, como sostiene GALÁN CORONA (6), que sean escasas las implicaciones de la calificación o no como órgano social de los auditores dando escasa importancia a este tema dada la completa regulación legal existente. Por el contrario, considero éste un tema crucial, tanto para la **calificación** de la función de los auditores, como para el problema de la reelección que nos interesa particularmente. Tampoco creo que la regulación legal sea tan completa; a mi modo de ver el artículo 204.1 LSA no resuelve definitivamente la cuestión y deja en el aire serios puntos interrogativos. Lo que ocurre es que GALÁN CORONA parte de una visión particular de la sociedad anónima, que «no puede reducirse a una estructura contractual con el beneficio de la personalidad jurídica y la limitación de responsabilidad, para el ejercicio en común de una empresa; la sociedad anónima es una forma jurídica de organización de empresa donde todos los intereses concurrentes deben encontrar su acomodo y recibir del ordenamiento jurídico la debida atención». En este marco, defiende GALÁN CORONA que «el control contable no debe tener el limitado horizonte de atender a los intereses de los accionistas para facilitar su control de la administración social, sino que ha de efectuarse en atención a todos los intereses presentes en la empresa y a través de la propia sociedad que jurídicamente la conforma, mediante el **específico** órgano» (7).

En estas afirmaciones tengo algunos puntos de coincidencia, y otros que no puedo compartir. Que los auditores sean un órgano de la sociedad es algo

(5) Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Derecho europeo de sociedades y reforma del ordenamiento español», en *Documentación Administrativa*, núm. 202 (1984), págs. 189 y sigs.; FEUILLET, «Huitième Directive du Conseil des Communautés Européennes et le Commissariat aux Comptes», en *Rev. Soc.*, 4, octubre-diciembre (1984), págs. 709 y sigs.; VICÉNT CHULIÁ, «El sistema de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas», en *La Ley* (1985-4), pág. 114.

(6) GALÁN CORONA, «La revisión de cuentas en la sociedad anónima», en // *diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti* (dirigido por PIETRO ABBADESSA y ÁNGEL ROJO), Milano, 1993, pág. 558.

(7) Vid. en este sentido GALÁN CORONA, «La verificación de las cuentas anuales», en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigido por ÁNGEL ROJO, Madrid, 1987, pág. 327.

muy discutible, como también piensa el mismo GALÁN CORONA (8); indudablemente la revisión contable no sólo afecta al interés de la sociedad y de sus accionistas, sino de los terceros que contratan con ella, y al mismo interés público. Me parece terminante al respecto la LAC (y su Reglamento de 20.2.90) artículo 1.1, cuando señala que «se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquélla tenga por objeto un informe que pueda tener efectos frente a terceros».

De todos modos, la doctrina española se halla dividida ante este tema. Por su carácter de órgano social se pronuncian GALÁN CORONA (9), NÚÑEZ LOZANO (10), GARCÍA LUENGO-SOTO VÁZQUEZ (11), MARINA GARCÍA-TUÑÓN (12) y SÁNCHEZ CALERO (13). Especialmente interesante es la argumentación (que no compartido) de SÁNCHEZ CALERO, que considera a los auditores una vez nombrados para el ejercicio de sus funciones en la sociedad como un órgano de la misma, y dado que corresponde a los administradores el llevar la contabilidad de la que son responsables (arts. 37.1.3 CCom y 141.1 LSA), los auditores fiscalizan su labor en el aspecto patrimonial e informan de ella a la Junta general en diversos momentos situándose como un «órgano de control intermedio entre los accionistas y los administradores; en el ámbito interno es donde los auditores despliegan la actuación verificadora que la Ley les encomienda con carácter principal, lo que no impide reconocer la eficacia externa que sus informes pueden alcanzar. Además, dice SÁNCHEZ CALERO, «la circunstancia de que los auditores una vez nombrados suscriban un contrato con la sociedad no debe oscurecer su calificación como órganos».

Ciertamente éste es uno de los temas mas oscuros en el campo de la actuación auditora, y la legislación no es clara al respecto. Algunos preceptos legales parecen inclinados a considerar órganos sociales a los auditores, como el artículo 94 RRM que prescribe la inscripción obligatoria del nombramiento de auditor en la hoja abierta a la sociedad. Pero sobre todo, podría inducir a incluir los auditores como órganos sociales la atribución de una serie de competencias relativas a actividades distintas de la estricta auditoría de

(8) GALÁN CORONA, *La revisión de cuentas*, pág. 557.

(9) GALÁN CORONA, *La verificación*, págs. 326-327.

(10) NÚÑEZ LOZANO, *El régimen jurídico de la auditoría de cuentas en Derecho español*, Sevilla, 1989, pág. 65.

(11) GARCÍA LUENGO-SOTO VÁZQUEZ, *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, Granada, 1991, pág. 837.

(12) MARINA GARCÍA-TUÑÓN, *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Valladolid, 1992, págs. 333 y sigs.

(13) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, 18.^a ed., Madrid, 1995, págs. 430-431.

cuentas, aunque siempre en relación con aspectos contables. Como ha visto ILLESCAS (14) la propia LSA atribuye a los auditores la competencia para llevar a cabo en relación con la vida de la compañía que **auditan**, un conjunto de actividades que sin ser estrictamente auditoría de cuentas anuales, se relacionan con la observancia y los resultados de la llevanza de la contabilidad por parte de la sociedad anónima concernida, así como requieren para su realización una específica competencia profesional en el campo de la contabilidad. Todas estas actividades requieren una específica competencia profesional en los auditores, y son atribuciones que corresponde realizar a los auditores designados para verificar las cuentas anuales, prescindiendo del procedimiento de su designación (Junta General; Registrador mercantil; Juez), siendo necesaria la intervención de los auditores en los siguientes casos:

- a) «Determinación» del valor real de las acciones con restricciones estatutarias para su **transmisibilidad**, en caso de transmisión *monis causa* (art. 64.1 LSA).
- b) «Determinación» del valor real de la acción en caso de adquisición de acciones como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución (art. 64.2 LSA).
- c) «Fijación» del incremento de valor de las acciones, y de la cuota de liquidación, en caso de liquidación del usufructo de acciones (art. 68.3 LSA).
- d) «Determinación» del valor de las acciones en caso de ejercitarse el derecho de separación por modificación del objeto social (art. 147.2 LSA).
- e) «Certificación» del auditor en caso de aumento de capital por compensación de créditos (art. 156.1-*b* LSA).
- f) «Verificación» del balance en caso de aumento de capital con cargo a reservas (art. 157.2 LSA).
- g) «Informe elaborado bajo su responsabilidad por el auditor» en el caso de exclusión del derecho de suscripción preferente de acciones de nueva emisión (art. 159.1-*b* LSA).
- h) «Verificación» por los auditores en caso de reducción del capital social por compensación de pérdidas y para dotar la reserva legal (art. 168.2 LSA).
- i) «Verificación» del balance de fusión en caso de fusión de sociedades (art. 239.2 LSA).
- j) «Informe» de los auditores en caso de emisión de obligaciones convertibles en acciones (art. 292.2 LSA).

(14) ILLESCAS, «Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VIII.2, Madrid, 1993, pág. 31.

Estas competencias, en las que debo subrayar la incerteza de la terminología utilizada por la LSA, ha hecho pensar a un sector numeroso de la doctrina que los auditores son órganos sociales. Estas mismas oscilaciones en la designación de sus atribuciones: «informe»; «certificación»; «determinación del valor de las acciones»; «verificación»; parecen configurar un ámbito general de competencias, siempre en conexión con aspectos contables, en que los auditores serían una pieza más de la estructura de la sociedad, y por consiguiente, órganos sociales. Así lo entiende la nota de calificación del Registrador Mercantil número X de Madrid, negando la inscripción de la prórroga de nombramiento de auditor, doctrina rectificada por la Resolución de 25-10-93. Pero respecto a lo que nos interesa, según la citada nota de calificación, el auditor nombrado por la sociedad conforme al artículo 204 LSA no agota sus funciones con la verificación de las cuentas anuales; ha asumido, además, como órgano social, como «auditor de la sociedad», todas aquellas en que la ley exige su intervención (los supuestos que acabamos de enumerar), y estas prestaciones a las que está obligado como órgano social, no requieren dilación en el tiempo para realizarla. Si apuramos al máximo la doctrina de la calificación registral, se podría ver los auditores en una doble posición: como órganos sociales por un lado; y por otro, como instancias externas de control contable, consideración **bifronte** en mi opinión rechazable.

Y entiendo que es de rechazar la consideración de los auditores como órgano social mientras se mantenga la actual concepción de la sociedad anónima como estructura basada en el contrato social con personalidad jurídica y limitación de responsabilidad, concepción que sigue siendo vigente frente a las nuevas orientaciones como las de GALÁN CORONA (15), de considerar la S. A. «como forma jurídica de organización de empresa donde todos los intereses convergentes deben encontrar su acomodo y recibir del ordenamiento jurídico la debida atención». Porque en mi opinión, que la LSA prevea la función auditora delineando un conjunto de competencias objetivamente determinado y diferenciado en la organización de la sociedad, de aquí no se deriva que sean un órgano social; es decir, que las sociedades obligadas a verificación contable cuenten con un específico órgano *ad hoc* como tal, integrado en la propia organización de la sociedad, es lo que me parece rechazable. Quizá en el fondo sigue gravitando en la doctrina la visión de la derogada LSA de 1951 que preveía accionistas censores de cuentas.

El carácter externo y la independencia de los auditores, que deben controlar la gestión de los administradores y los resultados de la sociedad que los nombra, hace que no puedan ser considerados de ninguna manera

(15) GALÁN CORONA, «La verificación...», pág. 327; «La revisión de cuentas...», pág. 557.

como órganos sociales. Precisamente estos caracteres se evidencian en el sistema de incompatibilidades que afectan a los auditores, señaladas en el artículo 8 LAC (y 37 RAC) que permiten excluir una relación orgánica de los auditores con la sociedad auditada, siendo causa de incompatibilidad (16) entre otras, ostentar cargos directivos o de administración, o ser empleados de la sociedad auditada (17); ser accionista de sociedades en las que se posea una participación superior al 5% nominal del capital social, o que la participación represente más del 10% del patrimonio personal del accionista (18).

En el fondo, se trata de preservar a toda costa la independencia de los auditores frente a la sociedad auditada, y en general, como reza el artículo 1 LAC frente a terceros, al definir la auditoría de cuentas como «actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquélla tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros». Por ello, el mayor defecto en el que puede incurrir una empresa de auditoría (más que la negligencia profesional, que siempre será difícil de probar en cuanto que normalmente el inculpado alegará falta de información por parte de la sociedad auditada, como ha ocurrido recientemente en un clamoroso caso de la vida económica de nuestro país), es la falta de independencia, y en ello insiste el RAC.

Artículo 36.3 RAC. ... para apreciar la falta de independencia se tomará en consideración, entre otras circunstancias, la realización para la empresa o entidad auditada de otros trabajos que puedan limitar la imparcialidad del auditor. En todo caso, se considerará que no existe independencia cuando el auditor de cuentas haya realizado trabajos durante los tres ejercicios anteriores a aquél a que se refiere la auditoría, relativos a la ejecución material de la contabilidad de la empresa o entidad auditada.

Con mayor rigor, las Normas Técnicas de Auditoría, aprobadas por Resolución del Presidente del ICAC (BOICAC, enero de 1991) señalan que «se considerará que existe falta de independencia cuando el auditor sea el ejecutor material de la contabilidad o asuma funciones ejecutivas en la

(16) Vid. al respecto ARANA GONDRA, *Ley de Auditoría de Cuentas*, Madrid, 1995, págs. 315 y sigs.; JANE BONET, *Análisis jurídico de la auditoría de cuentas*, Barcelona (1995), págs. 133 y sigs.

(17) En la consulta núm. 1 al ICAC de junio de 1990 se señala que el puesto de Secretario del Consejo de Administración es incompatible con la auditoría de la misma sociedad.

(18) Consulta núm. 17 al ICAC de mayo de 1991.

entidad auditada. El resto de los servicios que el auditor puede prestar a su cliente, como **consultoría** y **asesoramiento** fiscal, no provocan, en principio, incompatibilidades en este sentido. Sin embargo, el auditor debe estar alerta a situaciones en las que su identificación con el cliente o la gestión de los negocios de éste menoscaben su imagen de independencia haciéndola incompatible con la labor del auditor de cuentas».

Por todo lo que acabo de exponer, me parece claro que los auditores no están insertos en la organización de la sociedad, y consiguientemente defiende que no son órganos de la misma. En este punto coincido con VICENT CHULIÁ (19), ILLESCAS (20) y PETIT LAVALL (21): los auditores de cuentas no son un órgano de la sociedad; la vinculación de los auditores con la sociedad no es orgánica, sino contractual. El interés de terceros que preconiza la LAC y el mismo interés público, exigen que la verificación contable de las cuentas anuales y del informe de gestión sea realizada por terceras personas ajenas a la misma organización de la sociedad, e independientes (22). Su tratamiento sistemático en la LSA en el cap. VII «De las cuentas anuales», claramente separado del tratamiento de los administradores que se expresa en el cap. V «De los órganos de la sociedad», pone a auditores y administradores en un plano distinto; obviamente los auditores no expresan nunca la voluntad social. También excluye a los auditores de su consideración de órganos sociales la Propuesta modificada de V Directiva (23). Comparto la argumentación de Petit Lavall (24) de que «la necesaria independencia de la que deben gozar los auditores de cuentas, su condición de profesionales independientes y su actuación no sólo en interés de los socios sino también de terceros, impiden su consideración como órgano social».

Hay muchos aspectos que distinguen administradores (órgano social) de auditores (entes externos a la empresa). Es cierto que algunos preceptos legales parecen poner ambas figuras en un mismo plano, como el artículo 154 RRM relativo al nombramiento e inscripción de los auditores en el Registro Mercantil, pero el propio texto legal advierte las diferencias entre ambas figuras al disponer que «en la medida en que resulte compatible, será de

(19) VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I.1, 3.^a ed., Barcelona, 1991, pág. 176; *Introducción al Derecho Mercantil*, 7.^a ed., Valencia, 1994, pág. 230.

(20) ILLESCAS, *op. cit.*, págs. 36-37.

(21) PETIT LAVALL, *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, Madrid, 1994, pág. 132.

(22) Vid. GARCÍA-PITA, *Aspectos jurídicos de la auditoría de empresas*, Madrid, 1983, pág. 85.

(23) De 9-9-83; DOCE núm. C 240/2. Vid. el lúcido comentario de ESTEBAN VELASCO en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 5, junio (1989), págs. 231 y sigs.

(24) PETIT LAVALL, *op. cit.*, pág. 109.

aplicación a los auditores» lo dispuesto en los arts. 138 ss. (relativos a la inscripción del nombramiento de administradores), lo que permite situar en el RRM con la debida separación, la distinta función de unos y otros. Ciertamente que el RRM no entra en el tema de fondo que nos preocupa, pero tampoco tiene porqué entrar en ello, pues la inscripción de administradores y auditores en el Registro Mercantil es un tema que exige la publicidad registral en cuanto interesa a terceros conocer quienes actúan en tales calidades, pero que no necesita que el RRM entre a discernir la configuración dogmática de ambas figuras. Como tampoco es argumento suficiente para considerar los auditores como órganos sociales el artículo 211 LSA al disponer que «La legitimación para exigir responsabilidad frente a la sociedad por los auditores de cuentas se regirá por lo dispuesto para los administradores de la sociedad», porque esta norma obedece a un principio de economía jurídica señalando la vía procesal para exigir responsabilidad a los auditores, vía que es la misma que para exigir responsabilidad a los administradores (arts. 134 y 135), y que en mi opinión tampoco me parece muy acertado, pues los supuestos de responsabilidad de los administradores (art. 133), no son los mismos en los que pueden incurrir los auditores.

III. NATURALEZA DEL CONTRATO ENTRE AUDITOR Y SOCIEDAD AUDITADA: ARRENDAMIENTO DE OBRA

Dando, pues, por descontado, que el auditor no es órgano social, está claro entonces que su relación con la sociedad auditada no es de carácter orgánico sino contractual, lo que nos lleva al problema de la naturaleza jurídica de este contrato, con tres posibilidades: mandato; arrendamiento de servicios; arrendamiento de obra.

Durante algún tiempo, y en relación con la LSA de 1951 que preveía los accionistas censores de cuentas, alguna opinión doctrinal como POLO DÍEZ (25), RUBIO (26), y el Tribunal Supremo en Sentencia de 1.2.67, clasificaron de mandato esta relación. Por supuesto que en aquellos años la opinión **mayoritaria** consideraba los censores de cuentas como órganos sociales, lo que entonces era congruente con las previsiones de la LSA derogada, en cuanto que los accionistas censores podían ser considerados como órgano social designado por la Junta General para fiscalizar la rendición de cuentas de los administradores, e informar de ello a la Junta.

(25) POLO DÍEZ, *Ante una nueva reforma de la sociedad anónima*, Barcelona, 1965, pág. 206.

(26) RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, 3.^a ed., Madrid, 1974, pág. 272.

La tesis del mandato no es admisible. La dicción del artículo 1.709 CC «Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta y encargo de otra», apunta a una gestión de intereses ajenos frente a terceros, donde el mandatario actúa en interés del mandante, bien que actúe en nombre propio (representación indirecta), bien en nombre del mandante (representación directa), posibilidades que recoge el artículo 1.717 CC. Pero los auditores no son mandatarios; no gestionan intereses de la sociedad, ni la representan, ni la sustituyen en sus asuntos, ni tienen obligación de someterse a las instrucciones de la sociedad (obligación que impone el art. 1.719 CC); por el contrario, su independencia respecto a la sociedad que los designa es una característica esencialísima de la auditoría de cuentas, y no actúan solo en interés del mandante, pues la verificación contable que efectúan tiene interés frente a terceros. Además se excluye la revocación *ad nutum* por el mandante (contra la disposición del art. 1.733 CC), así como la renuncia del auditor que no se ampare en circunstancias que justifiquen la terminación del contrato (27). Puede decirse, en resumen, que las reglas que disciplinan la auditoría de cuentas, son incompatibles con el contrato de mandato.

Descartado el mandato queda por examinar si la relación contractual entre la sociedad auditada y la auditora se encaja dentro del contrato de arrendamiento, y dentro de éste si sea un arrendamiento de obra o de servicios, a la luz de la fenomenología prevista en el artículo 1.544 CC: «En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por precio cierto». La respuesta sólo puede darse cuando se determine cual sea la prestación principal: la actividad de verificación contable dirigida a examinar si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio (art. 208 LSA), en cuyo caso podría verse como un arrendamiento de servicios; o bien la emisión del informe (art. 209 LSA), y en este caso estaríamos ante un arrendamiento de obra. Dicho de otra manera: ¿el contrato de auditoría es un contrato de medios, o de resultado?; ¿qué es lo fundamental: la actividad de verificación, o la emisión del informe?; ¿qué acto, o qué prestación constituye el núcleo vital del contrato de auditoría?; ¿cuál es la causa del contrato?

La doctrina, tanto española como extranjera, se halla dividida al respecto. Si en Francia se considera que el *commissaire aux comptes* asume una obligación de medio (28), y en Alemania se piensa en el con-

(27) Vid. IGLESIAS PRADA, «La renuncia al cargo de auditor de cuentas: circunstancias justificativas y consecuencias jurídicas de la renuncia», en *RCDI*, 623 (1994), págs. 1501 y sigs.

(28) RIPERT-ROBLLOT, *op. cit.*, pág. 881.

trato de obra (29); en Italia (30) como en España, la doctrina está dividida.

Un sector doctrinal se inclina decididamente por el arrendamiento de servicios; en esta línea se mueven GALÁN CORONA (31); GARRIDO PALMA (32); VICENT CHULIÁ (33); PETIT LAVALL (34); tesis que defiende también el Registrador Mercantil número X de Madrid, y la Dirección General en Res. de 25-10-93.

La argumentación de los que defienden esta tesis es la siguiente: GALÁN CORONA (35) entiende que «el revisor no promete un *opus* concreto y determinado sino desarrollar una actividad consistente en verificar y examinar si las cuentas expresan la imagen fiel, dictamen que se expresa a través del informe que emite y que habrá de contener determinadas menciones fijadas **legalmente**. Pero este informe —y la certificación que lo **acompaña**— no es sino la expresión de la opinión a que ha llegado en el desenvolvimiento de su actividad». También según PETIT LAVALL la obligación que asumen los auditores de cuentas es una obligación de medios, una prestación de hacer, y el informe, con sus distintos posibles contenidos, es la última fase de esta actividad donde el auditor expresa su opinión sobre los hechos por él comprobados; «el auditor no promete un resultado concreto y determinado, sino el ejercicio de una actividad, manifestando por escrito las conclusiones de la misma». Se apoya PETIT LAVALL, en mi opinión erróneamente, cuando en materia de responsabilidad de los auditores el artículo 211 LSA reenvía a la normativa establecida para los administradores. A mi modo de ver, el artículo 211 LSA es una norma confusa y parcial. Dejando aparte si sólo se aplica a los auditores nombrados por Junta General y no a los contratados para determinados servicios (36) en cuyo caso se regirían exclusivamente por la LAC, subsiste el hecho de que la norma es incompleta, y siempre habrá que acudir a la LAC que regula tanto la responsabilidad civil (art. 11) como la administrativa de los auditores (art. 15 ss.). En realidad el artículo 211 LSA por la vía de una remisión incompleta, sólo abre la puerta a una

(29) CLAUSSEN, *op. cit.*, pág. 156; BAUMBACH/DUDEN/HOPT, *op. cit.*, pág. 772; GODIN-WILHELMI, *Aktiengesetz. Kommentar*, I, Berlin-New York, 1971, pág. 1001.

(30) *Vid.* por todos, FORTUNATO, *op. cit.*, págs. 170 y sigs.

(31) GALÁN CORONA, «La **verificación...**», págs. 327 y sigs.; «Las cuentas anuales y su verificación: aspectos jurídicos», en el vol. *El nuevo Derecho de las sociedades de capital* (dir. QUINTANA CARLÓ), Madrid, 1989, págs. 283 y sigs.; *La revisión*, pág. 559.

(32) GARRIDO PALMA, «Las cuentas anuales de la sociedad anónima y la aplicación del resultado económico», en el vol. *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1990, pág. 195.

(33) VICENT CHULIÁ, *Compendio*, I.1, pág. 176; *Introducción*, pág. 231.

(34) PETIT LAVALL, *op. cit.*, págs. 134-135.

(35) GALÁN CORONA, «La **revisión...**», pág. 559.

(36) Que en mi opinión sería muy discutible.

específica acción procesal típica del campo mercantil: la acción social de responsabilidad que puede intentar la propia sociedad, los accionistas y los acreedores frente a los auditores, acción que requiere en el caso de que la ejercite la sociedad un acuerdo de Junta General que desbordando el artículo 134.2 LSA no lleva aparejado necesariamente la destitución de los auditores, pues para ello se requiere la existencia de una justa causa (arts. 204.3 y 206 LSA). Consiguientemente, la remisión del artículo 211 es parcial y perturbadora, y la remisión de ninguna manera pone en un mismo plano a auditores y administradores, porque la responsabilidad civil de los auditores se regula por la LAC y el RAC, y el artículo 211 LSA con su remisión a los arts. 134 y 135 sólo previene la legitimación para intentar la acción de responsabilidad por los perjuicios que los auditores causen a la sociedad, a los socios y a los terceros.

Creo, por tanto, que debe rechazarse la explicación que configura la relación contractual de los auditores con la sociedad como un arrendamiento de servicios. Muchas de las normas del CC sobre arrendamiento de servicios son inaplicables a la auditoría (37), aunque se configure ésta como un arrendamiento de servicios independiente, especial, tal han sostenido algunos en Alemania (38). Obviamente me estoy refiriendo a los auditores nombrados por Junta General que asumen el objetivo de verificación contable que finaliza con un informe escrito de contenido mínimo obligatorio: si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel, situación financiera y concordancia con el informe de gestión, informe indispensable para que sea válido el acuerdo de Junta General de aprobación de las cuentas anuales, y que debe acompañarse con éstas para su depósito en el Registro Mercantil. Quizá para otras actuaciones de los auditores que no sean verificación de las cuentas anuales y que no desemboquen en un informe con efectos frente a terceros como son los trabajos que el RAC denomina «trabajos de revisión y verificación de otros estados o documentos contables», sí pudieran ser calificadas como arrendamiento de servicios (39). Y aún así me parece muy discutible, pues quien contrata auditores en estos casos, pongo por ejemplo la verificación por auditores en caso de aumento de capital por compensación de créditos previsto en el artículo 157.1.b LSA, lo que requiere del

(37) MENÉNDEZ, «El contrato de auditoría y la terminación unilateral del mismo por el auditor», en *RCDI*, 623 (1994), pág. 1490.

(38) RICHARDI, *Staudinger BGB*, 12.^a ed., II, Berlín, 1989, pág. 23.

(39) Así lo entiende PAU PEDRÓN, *Leyes Hipotecarias y registrales de España. Fuentes y Evolución*, V.n, Registro Mercantil, Madrid, 1992, pág. 134, que considera que los auditores que realizan una auditoría específica (fuera de la verificación de las cuentas anuales), y de los nombrados por accionistas que representen al menos el 5 por 100 del capital social, actúan en virtud de un contrato de arrendamiento de sus servicios profesionales.

auditor es un informe (una obligación de resultado) que dé vía libre a la posibilidad económica de la operación que se pretende.

La consideración del contrato de auditoría como arrendamiento de obra, es la explicación que creo más persuasiva. A mi modo de ver, el auditor de las cuentas anuales no promete sus servicios sino un resultado, y por esta vía se pronuncian en nuestra doctrina BERCOVITZ (40), ILLESCAS (41), MENÉNDEZ (42), y en general es la tesis seguida por los **mercantilistas** alemanes (43).

Acertadamente dice MENÉNDEZ que «la prestación básica, aquella que determina la celebración del contrato, y por consiguiente lo conforma **causalmente**, viene dada, en efecto, por la realización del informe». Para ILLESCAS, «la contraprestación principal del auditor consiste no tanto en la puesta a disposición de la compañía de sus servicios, sino en la consecución de un específico resultado de periodicidad apriorista pero no necesariamente anual: el informe de auditoría». MENÉNDEZ lo ha visto límpidamente cuando dice que «la realización del informe se incorpora a la causa del contrato en el sentido de que su finalidad no es auditar sin consideración al resultado del informe, sino justamente auditar para obtener el informe». No puede explicarse más claramente la esencia de la auditoría como arrendamiento de obra.

A mi modo de ver, y a la luz de la dogmática **jurídico-privada**, la auditoría de cuentas anuales es un contrato de arrendamiento de obra; el auditor se compromete a un resultado sin consideración al trabajo que lo crea, aunque para fijar la remuneración se tome en cuenta el número de horas de trabajo que se estiman necesarias para llegar al resultado prometido, y ciertamente en la práctica se factura muchas veces la auditoría según las horas de trabajo estimadas, pero este factor lo único que deja ver claramente es que la auditoría es una prestación de hacer en el sentido del artículo 1.151 párr. 2.º del CC, que en todo caso es un elemento accesorio respecto a la calificación dogmática del contrato.

Entre los civilistas se ha hecho lugar común distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, advirtiendo en este último un factor de independencia de quien promete un resultado que no se da en el de servicios, en el que el deudor de trabajo depende de las instrucciones del acreedor. En el arrendamiento de obra quien promete el resultado es independiente, y ya hemos tenido ocasión de ver que la independencia es un factor esencialísimo de la auditoría. Por eso, en el arrendamiento de obra la dirección del

(40) BERCOVITZ, «Responsabilidad civil de los auditores», en el vol. *El futuro de la auditoría en España*, Madrid, 1982, pág. 157.

(41) ILLESCAS, *op. cit.*, pág. 38.

(42) MENÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 1490 y sigs.

(43) CLAUSSEN, *op. cit.*, págs. 156-157; GODIN-WILHELM, *loc. últ. cit.*

trabajo y el riesgo corresponden al **promitente**, que goza de plena autonomía en la elaboración del resultado. De todos modos hay que decir que la regulación del CC (arts. 1.588-1.600) ni es satisfactoria y por supuesto no es completamente aplicable a la auditoría; en primer lugar porque la distinción entre arrendamiento de servicios y de obra (al que un gran sector de la civilística prefiere llamar arrendamiento de industria), no deja de ser una remora de la distinción **arrendaticia** romana entre *locatio-conductio operarum* y *locatio-conductio operis faciendi*, superada en la praxis moderna. En general podemos decir que las ideas **arrendaticias** del CC no se corresponden con la realidad económico-social. Desde 1937 don CALIXTO VALVERDE (44) ya advertía que tanto el contrato de arrendamiento de obra como el de servicios no son más que variedades del contrato de trabajo, y merece censura el CC por calificar a ambos de arrendamiento. Ciertamente que el CC está pensando en trabajos manuales, normalmente la confección de muebles (como vemos en el art. 1.600 sobre retención en prenda de la cosa mueble hasta que sea abonado su precio al contratista que la ejecutó), y la construcción inmobiliaria. En todo caso, está claro que la regulación del CC sobre el arrendamiento de obra es notoriamente insuficiente, y tiene razón RUBIO SAN ROMÁN (45) al argumentar lo superados que se encuentran estos conceptos del CC «en virtud de una razón social que necesita una regulación sobre las causas de la responsabilidad, fundamentalmente contractual, en que pueden incurrir los **intervinientes** en este tipo de contratos».

Sustancialmente, por tanto, el contrato de auditoría en cuanto arrendamiento de obra es similar al que ejecuta un abogado de quien se solicita un dictamen (Sentencia del Tribunal Supremo de 21-3-50), o el arquitecto que realiza un proyecto o lleva a cabo la ejecución técnica de la obra (46). Y digo que es arrendamiento de obra aún sabedor de que probablemente en la práctica sea una precisión ociosa en cuanto que la auditoría viene regida por una legislación especial que desorbita el campo puramente privado de la relación contractual entre las partes, legislación especial que ante todo parece tener en cuenta el interés público de la función auditora. Por eso, si la regulación del CC del arrendamiento de obra hoy se entiende dirigida fundamentalmente a los contratos de construcción de inmuebles, para el contrato de auditoría, que civilistas como LASARTE (47) entiende como ejemplo típico de arrendamiento de obra, podemos decir que ofrece una

(44) VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, III, 4.^a ed., Madrid, 1937, pág. 593.

(45) RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, Madrid, 1987, 52.

(46) FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, págs. 77 y sigs., 124 y sigs.

(47) LASARTE, *Curso de Derecho civil patrimonial*, 2.^a ed., Madrid, 1990, pág. 332.

fenomenología para la que es insuficiente el CC. Una solución podría venir dada por considerar la auditoría como un contrato *sui generis*; ésta es la opinión de MENÉNDEZ (48), que entiende como esquema central la disciplina del arrendamiento de obra, excluyendo de la regulación civilista las normas que hayan sido sustituidas imperativamente por la LSA y LAC, y especialmente las normas sobre revocación y sobre responsabilidad contractual.

La auditoría de cuentas anuales necesariamente ha de culminar en un informe que tiene efectos frente a terceros (art. 1 LAC). Tiene razón MENÉNDEZ (49) cuando dice que «la realización del informe se incorpora a la causa del contrato en el sentido de que su finalidad no es auditar sin consideración al resultado del informe, sino justamente auditar para obtener el informe. Si la auditoría no se materializa en un informe, queda privada de valor desde el punto de vista de la finalidad de la ley». Está claro que no puede hablarse de auditoría de cuentas anuales si no hay informe, o como dice ILLESCAS (50) «cualquier actividad verificadora que no culmine en el informe positivamente requerido no podrá legalmente ser calificada como verificación ni la auditoría fruto de ésta tampoco podrá ser así conceptuada». Precisamente por esta trascendencia del informe, que constituye el núcleo causal de la auditoría, es por lo que dogmáticamente tiene que encuadrarse en el arrendamiento de obra. Y que la auditoría esté nucleada en torno al informe, lo señala claramente la legislación especial:

Artículo 1.3 LAC. *Tanto la auditoría de las cuentas anuales y del informe de gestión como cualquier otro trabajo de revisión o verificación contable que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 de este artículo, deba calificarse legalmente como auditoría de cuentas, tendrá necesariamente que ser realizado por un auditor de cuentas, mediante la emisión del correspondiente informe y con sujeción a los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley y a las normas técnicas de auditoría.*

La culminación de la auditoría en un informe que debe realizarse según las normas técnicas de auditoría, es necesario para que a su vista puedan los accionistas aprobar las cuentas anuales (art. 212.2 LSA), y los terceros que se relacionan con la sociedad («cualquier persona», art. 220.2 LSA) con ese informe fiel y veraz pueden tomar sus disposiciones en sus relaciones con la sociedad auditada, de manera que el informe es el eje en torno al cual gravita toda la auditoría. Pero el informe exorbita el campo puramente privado-

(48) MENÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 1492-1493.

(49) MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 1490.

(50) ILLESCAS, *op. cit.*, pág. 38.

contractual para entrar de lleno en el interés público, entendiendo la auditoría, como dice el artículo 1.1. RAC, como «actividad realizada por una persona cualificada e independiente, consistente en analizar, mediante la utilización de técnicas de revisión y verificación idóneas, la información económico-financiera deducida de los documentos contables examinados, y que tienen como objeto la emisión de un informe dirigido a poner de manifiesto su opinión responsable sobre la fiabilidad de la citada información, a fin de que se pueda conocer y valorar dicha información por terceros».

Conviene insistir en el interés público de la auditoría, porque si ésta es una institución de origen inglés, que exportaron los ingleses allí donde efectuaban sus inversiones, hoy el interés público está en la importancia del conocimiento de la imagen fiel, situación financiera y resultados de las empresas, sobre todo con vistas a la auditoría como actividad **verificatoria** preventiva de insolvencias. Esto hace que el auditor no sólo defienda el interés de los accionistas y de los terceros que se relacionan con la sociedad auditada, sino también un interés público. VICENT CHULIÁ (51) ha llegado a decir que «la auditoría de cuentas nace y se afirma al servicio del interés público». Tanto es así que muy gráficamente el Tribunal Supremo de Estados Unidos (52) califica al auditor como «a public watchdog», un perro de presa público, idea que ha penetrado en la Ley española de recursos propios y supervisión en base consolidada de las Entidades financieras, al prever que si los auditores (Disp. Adic. 4.^a) «conocieran y comprobaran la existencia de presuntas irregularidades o situaciones que puedan afectar gravemente a la estabilidad, solvencia o continuidad de la sociedad auditada, emitirán de forma inmediata el informe de auditoría de cuentas anuales, quedando obligada la sociedad auditada a remitir copia del mismo al Banco de España, CNMV o Dirección General de Seguros, y si en el plazo de una semana el auditor no tuviese constancia fehaciente de que se ha producido dicha remisión deberá enviarlo él directamente». Aunque esta regla no se aplica a todas las sociedades con obligación de ser auditadas, no deja de ser una demostración palpable del interés público de la auditoría. Es de interés público que las empresas lleven una contabilidad ordenada; es de interés público que esa contabilidad refleje la imagen fiel y los resultados de la empresa para quien se relaciona con ella: accionistas, acreedores, inversores; es de interés público que el Estado conozca por datos contables veraces la marcha de la economía de las empresas para organizar sus previsiones fiscales y económicas.

El legislador conceptúa el informe de auditoría como documento mercantil (art. 2.1 LAC), y como tal queda sujeto al tratamiento penal de

(51) VICENT CHULIÁ, *Compendio*, I.1, 176; *Introducción*, 84; 231.

(52) U.S. v. *Arthur, Young*, Co. 1984.

falsedad en documento mercantil cuando la negligencia culpable en la revisión contable reflejada en el informe no sea veraz, porque ante todo el informe de auditoría debe evidenciar una opinión técnica y una declaración de verdad sobre una serie de extremos previstos en la LSA y en la legislación contable. Precisamente la calificación del informe como documento mercantil y no como documento profesional o privado, lleva aparejada la consecuencia de poder ser imputado de falsedad agravando considerablemente la responsabilidad del auditor. De la veracidad del informe responde el propio auditor como se desprende del artículo 92 de la Ley del Mercado de Valores, en que no se hace responsable la CNMV de la veracidad de los informes de auditoría depositados. Problema distinto sería si en el informe de cuentas anuales el auditor no hace salvedades ni ha detectado fraude en las diferentes partidas, pudieran los administradores quedar exentos de responsabilidad amparándose en dicho informe, lo que obviamente hay que rechazar, originándose en estos casos una doble responsabilidad: la de los auditores por negligencia en la revisión contable, y la de los administradores por el daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo (art. 133.1 LSA).

IV. EL PROBLEMA DE LA REELECCIÓN

Resta, por último examinar el tema de la reelección de los auditores. La LSA en punto a la duración del cargo de auditor sigue una regla de duración variable: la contratación de los auditores se hará por un mínimo de tres años y un máximo de nueve, a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a **auditar**. La novedad de la reforma de 23-3-95 está en que permite su reelección por la Junta general, anualmente, una vez finalizado el período inicial.

En este campo el nuevo artículo 204.1 LSA sigue el art. 56 de la Propuesta modificada de V Directiva que preconiza que «las personas que efectúen la auditoría de cuentas serán nombradas por un período determinado que no puede ser inferior a tres años ni superior a seis. También son **reelegibles**». Nuestra LSA ha tomado de la Propuesta comunitaria la regla de la reelección, pero no la de duración máxima de seis años, que es la que siguió el Derecho francés a partir de la Ley de 24-7-66, que señaló una duración fija de seis años, pensando que con esta regla de duración fija se refuerza la estabilidad e independencia de los auditores. Con mayor rigor, en Italia el Decreto Presidencial n. 136 de 31-3-75, y la reforma del artículo 2.400 del *Código civile* realizada por Decreto Legislativo de 9-4-91, señalan una duración fija de tres años, mientras que en Alemania, el § 318 *HGB* declara que el auditor debe

ser elegido cada año, aunque esta regla no impide su reelección. Esta misma norma es seguida en Derecho inglés después de la última dicción de la *section* 385 de la *Companies Act* de 16-11-89.

El Derecho español por el contrario, fija unos plazos perentorios pero variables: entre tres y nueve años; en el fondo, no una regla de duración fija como en Francia e Italia, sino una regla de duración variable, aunque debe moverse dentro de aquellos períodos de tiempo, quizá, como dice GALÁN CORONA (53) porque no se traspuso debidamente a nuestra legislación (ni en el art. 204.1 LSA ni en el 8.4 LAC) el auténtico sentido de la Propuesta modificada de V Directiva. Por supuesto que en nuestra legislación los plazos mínimo y máximo (tres y nueve años) no pueden ser alterados en el sentido de reducirse o aumentarse ni por los Estatutos ni por la Junta General; ello atentaría contra la independencia del auditor de cuentas si se redujera el plazo, o contra la libertad de los accionistas para designar un nuevo auditor de cuentas si se aumentase (54). Pero la Propuesta modificada de V Directiva no ha sido aprobada, y en el fondo sólo trataba de fijar para cada Derecho de los Estados miembros los límites mínimo y máximo de duración del cargo, aunque el máximo, como acabamos de ver, se fija en seis años, y no en nueve como en nuestra LSA.

Con la versión antigua del artículo 204 LSA yo entendía que los períodos para los que habían sido nombrados los auditores eran inflexibles, y que por tanto no había lugar a prórroga; pero esta visión fue desvirtuada por la Res. de 25-10-93 que hace caer por tierra la nota de calificación del Registrador Mercantil n. X de Madrid denegatoria de la inscripción del acuerdo de Junta universal de prorrogar por un año más el nombramiento de auditor, entendiendo el Registrador Mercantil incumplido lo dispuesto en el artículo 204 LSA al prorrogar el nombramiento de auditor una vez finalizado el último ejercicio a **auditar**, transcurrido por tanto el plazo de su nombramiento. Contra la posición del Registrador Mercantil, el Centro Directivo, admitiendo los argumentos de la sociedad auditada recurrente, admitió expresamente la prórroga del nombramiento de auditor. A mi modo de ver la Res. de 25-10-93 ofrecía argumentos poco convincentes, como «obvias razones de economía de costes y de trámites, y la aplicación analógica a los auditores de lo dispuesto en los artículos 138 ss. RRM, y en especial del 145», y ha merecido la crítica de GARCÍA HERRERA (55), VICENT CHULIÁ (56), y PETIT LAVALL (57).

(53) GALÁN CORONA, *La verificación*, págs. 332-333.

(54) PETIT-LAVALL, *op. cit.*, pág. 276.

(55) GARCÍA HERRERA, «Comentario a dicha Res.», en *RGD*, 591, diciembre 1993, págs. 12017-12020.

(56) VICENT CHULIÁ, «Problemas candentes de la sociedad anónima», en *RGD*, 591, diciembre 1993, págs. 11924-11925.

(57) PETIT LAVALL, pág. 277.

El artículo 204 **LSA** tal como quedó redactado en 1989 obligaba a una duración del contrato entre tres y nueve años, debiendo la Junta General fijar el número exacto de ejercicios a **auditar**, presuponiendo que de no fijarse plazos, se entendía como plazo máximo el de nueve años, tal como se deduce en base a la remisión del artículo 154 **RRM** al 114 **RRM** para el nombramiento de administradores sin plazo de duración.

Y aquí está realmente el *quid* de la cuestión. Si la Junta ha nombrado auditor para controlar, pongamos por caso, cuatro ejercicios sociales, ¿era admisible su prórroga hasta completar los cinco ejercicios que restan hasta el máximo de nueve? ¿Es inflexible el período de duración del contrato pactado para auditar un número exacto de ejercicios, o cabe su prórroga? Es obvio que yo me pronunciaba por la primera posibilidad, pero en contra se habían manifestado **NEILA NEILA** (58), **ILLESCAS** (59), y sobre todo admitía esta prórroga el artículo 40.1 **RAC**, y por supuesto el **ICAC** (60).

Ciertamente el artículo 204 **LSA** en su versión de 1989 no aludía para nada a la prórroga, sino a los límites mínimo y máximo para el que eran nombrados los auditores, contándose el período de duración del cargo desde la fecha en que se inició el primer ejercicio a auditar. Si posteriormente el artículo 40.1 **RAC** permitió expresamente la prórroga, ¿hay que entender que el **RAC** estaba interpretando y desarrollando la **LSA**? Si ello fuera así, no me cabe duda que tendríamos aquí otro ejemplo más de mala política legislativa que desgraciadamente tanto parece abundar en estos últimos tiempos.

Como vemos, el campo estaba lleno de minas, y se requería imperiosamente la coordinación entre ambos textos legislativos, obviamente con superior jerarquía normativa la **LSA**. La ambigüedad de la **LSA** hizo necesaria la Comisión de coordinación entre la Dirección General de Registros y Notariado y el **ICAC** de 28.1.93, acordando: 1.º Que la prórroga del nombramiento originario del auditor de cuentas debe ser acordada por la Junta General antes de que finalice el ejercicio cuya nueva auditoría se pretende; 2.º No podrá ser inferior a un año, y se entenderá acordada por dicho plazo en el caso de que el mismo no se hubiera expresado.

Se admitió por tanto la prórroga, pero ello no despejaba todos los problemas, porque más que prórroga se producía, como decía **MARINA GARCÍA-TUÑÓN** (61) un nuevo «vínculo **negocial**»; en definitiva, más que una prórroga, ello significaría una nueva reelección de los auditores, como

(58) **NEILA NEILA**, *La nueva Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1990, pág. 959.

(59) **ILLESCAS**, pág. 48.

(60) Consulta 6, **BOICAC**, núm. 12, marzo 1963, págs. 163-164; Consulta 8, **BOICAC**, núm. 4, enero 1991, pág. 65.

(61) **MARINA GARCÍA-TUÑÓN**, *Régimen jurídico...*, pág. 266.

admite el mismo ICAC (62). Pero si esto fuera así, se estaría violando el artículo 204.1 LSA, el 8.4 LAC (ambos en su versión anterior) y 40.1 RAC, que solo permitía la reelección pasados tres ejercicios desde el último auditado. Porque así como la prórroga supone la continuación en el cargo detentado por un nombramiento inicial, la reelección supone el cese en el cargo anterior y un posterior nuevo nombramiento para desempeñar la auditoría. De todos modos la prohibición de contratar a los mismos auditores hasta que hayan transcurrido tres ejercicios desde la terminación del período anterior, que preconizaba la versión del artículo 204.1 de la LSA de 1989, ha desaparecido en la versión de 1995, prohibición que también desaparece en el artículo 8.4 LAC, asimismo modificado por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Con estas nuevas reglas, totalmente beneficiosas para los auditores, se rompe la anterior *vacatio* de tres años desde el último ejercicio auditado para volver a ser contratados los mismos auditores. Con la nueva norma, finalizado el período inicial, pueden ser reelegidos anualmente sin horizonte limitativo de ningún tipo. Mientras tengan la confianza de la sociedad serán reelegidos cada año sin ninguna traba. Lo preconiza paladinamente la nueva redacción del artículo 204.1 LSA: los auditores pueden ser reelegidos por la Junta general anualmente una vez que haya finalizado el período inicial.

Obviamente las sucesivas reelecciones, que han de ser necesariamente anuales, permiten prescindir en la realidad del período máximo de nueve años. Este es el período máximo por el que puede contratarse la auditoría, pero sobrepasado este período, a través de reelecciones anuales, los auditores pueden seguir siendo contratados anualmente *ad infinitum*. Esta redacción da satisfacción al ICAC que ya era partidario de la prórroga. Ahora, con mayor precisión, la LSA habla de reelección por la Junta general, y habrá de constar este tema en el orden del día (art. 97.2 LSA).

Pero, como decía al principio, sigo teniendo serias dudas sobre la bondad de la reelección, y siguen subsistiendo ciertos peligros que pueden empañar una perfecta labor auditora; entre otros, uno que advierte SÁNCHEZ CALERO (63): «la circunstancia de que el auditor que ha de designar la Junta (y en su caso reelegir, añadido yo) sea propuesto por los administradores, puede hacer peligrar su independencia, en especial si antes de la celebración de la Junta general, ya han convenido su nombramiento y las condiciones económicas del ejercicio de su función»; o desde otro punto de vista, criticando la regla española de duración variable del nombramiento de

(62) Consulta 6, BOICAC, núm. 12, marzo 1993, pág. 163.

(63) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, I, pág. 433.

auditores, IGLESIAS PRADA (64) señala que «este sistema con un arco de posibilidades tan grande (de tres a nueve años) puede propiciar —y de hecho no ha dejado de hacerlo en la **práctica**— comportamientos estratégicos por parte de las sociedades que hayan de someterse a verificación contable, y por esa vía, puede dar lugar a negociaciones con los auditores poco deseables o saludables para la objetividad e independencia que deben presidir el desarrollo de su función». Y a mí desde luego me cabe la duda de si el auditor que quiera asegurarse la reelección, y con ello una copiosa fuente de ingresos, no elevará los niveles de tolerancia de su informe técnico con la consiguiente merma de independencia, o dicho de otra manera, si la última auditoría estando pendiente la reelección sea imparcial, o más bien sea hecha a la medida de los deseos del cliente.

Nuestro sistema, *a priori*, parte de la idea de una duración fija mínima, tres años; y otra máxima, nueve años, que como acabamos de ver, queda pulverizada por la posibilidad de reelección sin *vacatio* alguna. En principio está claro que el contrato entre sociedad **auditada** y auditores se dirige a la verificación de tres ejercicios contables como mínimo, y nueve como máximo.

Dando por descontado que el plazo mínimo de tres años proporciona cierta garantía de continuidad en la realización de la función auditora, creo que hay que rechazar el nombramiento por un año de los Derechos inglés y alemán, aunque desde luego éstos admiten la reelección, porque si pueden haber algunas ventajas en el nombramiento anual, como pensar que el plazo de un año no compromete excesivamente a las partes, permite subsanar a la sociedad auditada los posibles errores en la elección de auditores, y la dispensa de los costes de una selección en cierto modo permanente (65); parece preferible el sistema español de duración mínima de tres años, plazo preconizado en la Propuesta modificada de V Directiva. Esta duración mínima hace posible no sólo un mejor conocimiento de la contabilidad de la sociedad auditada repercutiendo en una mejor calidad de la auditoría, sino que con ello se fortalece su independencia, siendo el auditor menos sensible a posibles presiones de la sociedad revisada si cuenta con un período de tiempo por delante durante el cual no podrá ser revocado de su cargo sin justa causa (66). En este sentido, una cierta estabilidad del auditor (este plazo mínimo de tres años), es deseable: este plazo es suficiente para que el auditor alcance un óptimo conocimiento de la situación patrimonial y empresarial de sus clientes (67), sin que por otra parte se hiciera estable aquella relación contractual que podría mermar la independencia del auditor.

(64) IGLESIAS PRADA, *La duración del cargo de auditor*, pág. 19.

(65) IGLESIAS PRADA, *La duración...*, pág. 19.

(66) GALÁN CORONA, «La **verificación...**», pág. 327; «La **revisión...**», pág. 552.

(67) ILLESCAS, pág. 49; PETIT LAVALL, pág. 279.

Por todo ello considero preferible, por un lado para favorecer cierta estabilidad en la función auditora; por otro para no mermar su calidad e independencia, la regla de duración fija, que de acuerdo con la Propuesta modificada de V Directiva estaría entre los tres y los seis años, siendo en mi opinión demasiado amplia la duración máxima de nueve años que preconiza nuestra legislación. Hay mayor elasticidad en este arco de tres a seis años, que en la legislación italiana que configura un período fijo de tres años, o en la francesa, que configura igualmente un período fijo, pero de seis años. A este propósito, algunos de nuestros tratadistas como GALÁN CORONA e IGLESIAS PRADA (68) han pensado que por analogía con el plazo establecido para el nombramiento de administradores (art. 126 LSA), sería lo más idóneo fijar un plazo de cinco años para el nombramiento de los auditores.

Desde luego yo me pronuncio decididamente por el señalamiento de un plazo fijo para la realización de la función auditora en el arco entre tres y seis años, y no por los nueve años, máximo que prevé el artículo 204.1 LSA y 8.4 LAC. El plazo fijo fortalece la independencia del auditor, permitiendo un actuación revisora no sometida a los intereses de la sociedad revisada, y por eso sigo creyendo preferible la anterior *vacatio*, ahora suprimida.

Y sin embargo, todas estas consideraciones caen por tierra con la posibilidad de reelección de los auditores. Ciertamente es también que la reelegibilidad es reconocida expresamente por la citada Propuesta de V Directiva, y ha sido admitida expresamente en algunos ordenamientos de países de la UE como Portugal (art. 415.1 del *Código das Sociedades Comerciais*), y en otros países comunitarios aunque no la recogen sus textos legislativos, es admitida generalmente por la doctrina especializada. En Francia, RIPERT y ROBLOT afirman paladinamente que «les commissaires nommés sont indéfiniment rééligibles» (69), y CLAUSSEN y KROPFT en Alemania defienden que la reelección es ajustada a Derecho: «eine Wiederwahl ist zulässig» (70).

Con la reforma del artículo 204.1 LSA que permite la reelección, se satisfacen las aspiraciones de los auditores, que si con la legislación derogada admitían la prórroga, ahora con la reelección tienen todo el terreno despejado. Es sintomático que a propósito de la consulta n. 13 (enero 1991) el ICAC respondiera «que dentro del período máximo de nueve años, puede prorrogarse el contrato celebrado anteriormente, si bien dicha prórro-

(68) GALÁN CORONA, «La verificación...», pág. 333; IGLESIAS PRADA, «La duración...», pág. 21.

(69) RIPERT/ROBLOT, *Traite*, cit., I, pág. 1027. También HAMEL/LAGARDE/JAUFRET, *Droit commercial*, I.2, París, 1980, pág. 440, destacan esta posibilidad de ser reelegidos los auditores indefinidamente.

(70) CLAUSSEN, *Kölner Komm.*, III, pág. 665; KROPFT, *Aktiengesetz. Komm.*, III, pág. 411.

ga, deberá asimismo cumplir el plazo mínimo de contratación de tres a ños» (71). A mi entender es criticable esta postura. Mi interpretación de los artículos 204.1 LSA y 8.4 LAC era que fijado un plazo de duración estable dentro de los nueve años máximos, no había posibilidad de prórroga, y desde luego sin posibilidad de reelección sucesiva hasta pasados tres años desde que finalizó el período inicial. Igualmente entendía que no cabían tres nombramientos sucesivos por períodos **trianuales** (72) dentro de los nueve años máximos, debiendo la sociedad esperar la *vacatio* de tres años desde que expiró el nombramiento para volver a nombrar al mismo auditor.

Era muy saludable el criterio de la LSA de fijar para el nombramiento de auditores un período mínimo de tres años (para evitar la precariedad), y un máximo de nueve (para evitar el inmovilismo); pero ahora, con la posibilidad de reelección los auditores corren el peligro de **convertirse** en empleados de la sociedad auditada, con la consiguiente merma de la independencia y eficacia de la función revisora. Asimismo es obligado decir que esta regla de rotación no era seguida por los ordenamientos de los países comunitarios.

También hay que decir que en España la prórroga había sido defendida por el ICAC, configurada en el artículo 40.1 RAC, finalmente sancionada en la Resolución de 25-10-93, y encontraba adeptos en la literatura jurídica, admitida por autores como ILLESCAS, SÁNCHEZ CALERO y otros (73), aunque también contaba con detractores como VICENT CHULIÁ y PETIT LAVALL (74), entre los que me incluía.

Pero si la prórroga era discutida, no parecía haber oposición alguna a la prohibición de reelección, con la excepción de IGLESIAS PRADA (75) que defendía la necesidad de revisar la regla que prohibía la reelegibilidad del auditor. En el fondo la regla se dirigía, como sintetiza MARINA GARCÍA-TUÑÓN a «evitar un presumible **anquilosamiento** o deformación de su actividad» (76). En mi opinión siguen siendo ciertas las palabras de BLASCO LANG (77) cuando a propósito del período máximo de nueve años, justificado en base a la independencia del auditor, entiende que «una permanencia

(71) Vid. FERNÁNDEZ PEÑA, *Código de Leyes de Auditoría*, Madrid, 1992, pág. 419.

(72) En este mismo sentido, IGLESIAS PRADA, «La **duración...**», pág. 23.

(73) ILLESCAS, pág. 47; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 17.^a ed., I, Madrid, 1994, pág. 424. Obviamente ya no trata de la prórroga en la 18.^a ed., Madrid, 1995, pág. 434, sino que menciona llanamente la posibilidad de su reelección; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, *Régimen jurídico...*, pág. 266.

(74) VICENT CHULIÁ, *Introd.*, pág. 231; PETIT LAVALL, pág. 277.

(75) IGLESIAS PRADA, «La **duración...**», pág. 22.

(76) Vid. también en este sentido GARRETA SUCH, *Introducción al Derecho contable*, Madrid, 1994, pág. 318.

(77) BLASCO LANG, Prólogo a LÓPEZ ALDEA, *Fundamentos básicos de auditoría de cuentas*, Madrid, 1992, pág. 16.

excesivamente larga como auditor de una sociedad puede comprometer su naturalidad respecto a la misma».

En un país donde la función auditora es tan relevante como en Estados Unidos, el *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA) señala claramente los peligros de una larga permanencia en la función auditora: acerca a los auditores a la gestión de la sociedad auditada; se identifican con los problemas de la administración de la empresa; pierden su imparcialidad; realizan su función rutinariamente al controlar los estados contables de un mismo cliente durante sucesivos ejercicios; tienden a omitir en su informe las zonas contables mas problemáticas para seguir reteniendo el contrato de auditoría; en definitiva, siguen con mayor solicitud los intereses de los administradores de los que depende su continuidad, que la necesaria independencia que requiere tanto el interés privado como el interés público de la auditoría (78). Estos son los principales peligros que evitaba la prohibición de reelección imponiendo obligatoriamente un sistema de rotación obligatoria de las compañías auditoras, que en nuestro sistema (como también en el italiano), imponía que al menos los mismos auditores no pudieran revisar al mismo cliente una vez expirado el plazo de su nombramiento (entre nosotros el plazo máximo de nueve años), hasta haber pasado tres ejercicios desde la expiración de su nombramiento.

Contra esta regla de la rotación obligatoria se ha alzado en España con gran acopio de argumentos IGLESIAS PRADA, que ha realizado un documentadísimo estudio tratando de justificar la posibilidad de reelección desde el ángulo de ataque de desvalorizar el principio de rotación obligatoria. Se basa para ello en un importante informe realizado en Italia en 1989 por la *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (CONSOB), patrocinando para las sociedades que cotizan en Bolsa la eliminación de la prohibición de reelección, prohibición que a juicio de la CONSOB por sí misma no asegura la independencia de los auditores, implica grandes dificultades operativas, teniendo en cuenta además que a la luz de la práctica de los países anglosajones aquella independencia podía asegurarse por medio de otros instrumentos que pudieran resultar mas efectivos. También se basa IGLESIAS PRADA en el dictamen emitido el 1-12-92 (*Report of the Committee of the Financial Aspects of Corporate Governance*) realizado en Inglaterra por el *Financial Reporting Council*, el *London Stock Council*, y una representación de las firmas de auditoría; y asimismo sobre el informe de la AICPA de Nueva York, citado anteriormente, que a pesar de destacar los peligros de una excesiva perma-

(78) Este informe fue aprobado el 24-3-92, y viene reflejado en el *Statement of Position Regarding Mandatory Rotation of Audit Firms of Publicly Held Companies*, New York, 1992, págs. 1-2.

nencia en el cargo, se pronuncia finalmente contra la rotación obligatoria. Todos estos informes se decantan por la inutilidad de la rotación obligatoria, teniendo en cuenta que en la práctica las grandes firmas auditoras vuelven siempre a revisar a los mismos clientes.

Conviene que nos detengamos en la argumentación de IGLESIAS PRADA en contra de la rotación obligatoria. En primer lugar se fija en la relación negativa entre la reelección de los auditores y la calidad de la auditoría, entendiendo que la continuidad del auditor promueve la calidad de sus servicios: se producen más errores en los primeros ejercicios auditados cuando el auditor no ha alcanzado todavía el deseable conocimiento específico de los sistemas de información, de las pautas administrativas y de las operaciones propias de la sociedad auditada, circunstancias puestas de relieve por el *Quality Control Inquiry Committee of the Securities Exchange Commission Practice Section*. Este argumento me parece de un exclusivo valor teórico; efectivamente en un horizonte temporal muy limitado (un año) podría ser cierto, pero con la duración mínima en España de tres años, parece un tiempo suficiente para alcanzar un óptimo conocimiento de la sociedad auditada. Se supone (y se les exige) que los auditores son expertos en contabilidad, y no deben tener problemas insuperables para penetrar en los arcanos de la sociedad auditada.

Otro argumento de peso para IGLESIAS PRADA es que la regla de rotación obligatoria supone una considerable elevación de los costes de auditoría; cada vez que deban renovarse los auditores la sociedad auditada habrá de sufrir los elevados costes de búsqueda y selección de un nuevo auditor, y sobre todo dice IGLESIAS PRADA, «el nuevo auditor tendrá que hacer esfuerzos notables para familiarizarse con las operaciones de la compañía, su sistema de información y el entorno de su actividad empresarial, lo que se reflejará en un mayor precio, perdiéndose paralelamente la eficiencia de los viejos auditores». En esta línea argumental hay un punto de verdad: los costos de la auditoría son mayores en los primeros ejercicios que en los siguientes, pero ya las firmas auditoras distribuyen sus costos entre los ejercicios contratados, y ahora contando con su posible reelección, entre los que esperan contratar. Pero este argumento puramente economista creo que no tiene en cuenta la profesionalidad de los auditores, que obviamente deben encontrar en una revisión hecha correctamente su estímulo más importante, sin desdeñar desde luego su fuente de ingresos (79).

(79) Argumento del que participa el propio IGLESIAS PRADA, «La duración...», pág. 29 nt. 57, en su crítica —que comparto— a ARRUNADA, *Control y regulación de la sociedad anónima*, Madrid, 1990, pág. 320, que entre otras cosas entiende insuficiente el horizonte máximo de nueve años para la contratación de auditores.

Todos estos argumentos a mi entender no desmontan las ventajas de la rotación obligatoria. Argumentar para negarlas que el mayor estímulo de un auditor está en su reputación profesional de independencia e imparcialidad, no empaña el criterio de que una prolongada permanencia en el cargo haga que los auditores se familiaricen con los administradores a quienes deben controlar, lleguen a sentir como propios los problemas de la empresa, realicen para ésta actividades de consultoría y asesoría que no deben interferirse en la función auditora, defiendan los intereses de la empresa como suyos propios, y en definitiva, suavicen el rigor esperable de sus informes técnicos. Y todos estos factores repercuten negativamente en su independencia e imparcialidad. Que eventualmente puedan tener mayor coste las ulteriores auditorías en virtud de la rotación obligatoria no afecta al tema del interés que deben defender los auditores (la propia sociedad, los accionistas, los terceros, el interés público), que no debe ponerse por delante de un eventual ahorro de costes para la sociedad auditada, que en última instancia los cargará además a sus gastos en cuanto puede dotar la provisión necesaria por un gasto contable conocido de antemano.

Tampoco me parece argumento convincente en favor de la supresión de la rotación obligatoria la existencia de un régimen jurídico sancionador (art. 15 ss. LAC), ni la responsabilidad directa y solidaria de los auditores frente a la sociedad auditada, ni la responsabilidad subsidiaria y solidaria de los socios de la sociedad de auditoría (art. 11 LAC), porque este régimen de responsabilidad está pensado para robustecer la función auditora normal tutelando los derechos de los posibles perjudicados por una actuación negligente, y obedece además a un régimen especial de responsabilidad dada la trascendencia de la función auditora, pero estos instrumentos jurídicos por sí solos, que desde luego promueven la independencia del auditor, no son argumentos para defender la supresión de la rotación obligatoria, que en mi opinión sigue teniendo una virtualidad importante, y por eso creo criticable la nueva redacción de los textos legislativos reseñados que permiten la reelección *ad infinitum*.

Dos recientes errores clamorosos en la auditoría de dos importantes corporaciones españolas en estos ultimísimos tiempos me hacen pensar en la bondad de la rotación obligatoria, y en considerar que es mas beneficiosa para la vida económica la visión del auditor como un *watchdog*, que no como elemento permanente en las empresas; tengo claro que la reelección dependerá muchas veces de una auditoría acompañada a los deseos de la sociedad auditada, que a una límpida función revisora, y esto sólo se evita con la permanencia en la auditoría en un horizonte máximo de nueve años, sin posibilidad de reelección. Por ello no me parecen acertadas las últimas reformas de la Ley de 23-3-95 en materia de auditoría; no me parece acertada la técnica de señalar reformas tan trascendentes para la vida eco-

nómica y jurídica de la nación en Disposiciones Adicionales que implican una mala técnica legisladora. Ciertamente que estas reformas son muy recientes y no podemos predecir el juego que vayan a dar, pero ya su misma formulación me parece inquietante.

ARMANDO **TORRENT**

Catedrático de Derecho Romano
de la Universidad Complutense de Madrid