

**REFORMA CONTABLE
Y DERECHO MERCANTIL**
(*Accounting Reform and Business Law*)

Francisco Vicent Chuliá
Catedrático de la Universitat de València
Socio de Cuatrecasas Abogados

RESUMEN

La actual reforma contable comprende tanto el modelo como el sistema contable. Este artículo se orienta principalmente hacia el sistema contable, y considera la reforma de la auditoría como el principal sujeto de la materia, desde el punto de vista legal. El artículo está centrado en la actual reforma del sistema contable español, aunque también se ocupa de las recientes novedades sobre la materia en Estados Unidos (la debacle de Enron y la ley Sarbanes-Oxley de 2002) y en Europa, tanto en el plano legislativo como en la reciente doctrina de la Corte Europea de Justicia (Sentencia De Wouters de 12 de febrero de 2002).

La reciente crisis ha forzado a los legisladores a adoptar reglas más severas tanto a directivos como a auditores sobre la revelación de información contable, si bien algunos problemas permanecen abiertos. El primero guarda relación con la eficiencia de la regla de rotación obligatoria, que solamente es aplicable a los equipos que revisan las últimas cuentas anuales, pero no a la propia firma de auditoría, a quien se permite auditar per saecula saeculorum al mismo cliente. La última cuestión es la discusión sobre la responsabilidad civil de los contables ante terceras personas -esto es, accionistas e inversores-, quienes están en el verdadero corazón del problema y necesitan la mayor ayuda de un renovado sistema contable para recuperar la confianza.

ABSTRACT

Current Accounting Reform involves both Accounting Model and Accounting System. This article deals mostly with the Accounting System, and takes the Audit Reform as the main subject of the matter from the legal point of view. The article focuses on the current Accounting System Reform in Spain, but it refers also to the recent issues on this matter in the USA (Enron Debacle, Sarbanes/Oxley Act of 2002) and in the European Union, both in the field of Legislation and in recent European Justice Court doctrine (de Wouters judgment of February, 12th, 2002). The recent crisis have forced legislators to pass more severe rules for both officers and auditors on accounting disclosure, but some open problems remain. The first one deals with concerns about efficiency of the mandatory rotation rule, which recent Laws apply only to the teams that revised the last annual accounts, but not to the Auditing Firm itself, which is allowed auditing the same client per saecula saeculorum. The last issue thereon is the discussion about the Accountants civil liability before third persons -that is, shareholders and investors-, who are at the very heart of the problem and need the most the help of a renewed Accounting System to recover confidence.

1. LA CONTABILIDAD COMO MATERIA DEL DERECHO MERCANTIL

1. La contabilidad es piedra angular del Derecho mercantil, desde su origen, como Derecho de organización y de transparencia de los comerciantes. Es *la actividad del comerciante de registro ordenado y sistemático*, en cumplimiento de un *deber público*, de las *operaciones mercantiles*, mediante *declaraciones de conocimiento o verdad*. Estas “reconocen” hechos (por ejemplo descripción del patrimonio en el inventario inicial; siniestro = «pérdidas realizadas»; «créditos de dudoso cobro»; «fallidos» = «pérdidas realizadas»), *actos jurídicos* (entregas de mercancías, pagos) y *negocios jurídicos* (por ejemplo, emisión de obligaciones, aumento de capital). El reconocimiento exige su cuantificación, con su “valoración” o “estimación”. La contabilidad como *actividad es un concepto más amplio que el de contabilidad/documentación*. Está generalizada la *llevarza de contabilidad por ordenador*. Pero tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, como la Ley 34/2002, de 11 de julio (BOE del 12) sobre comercio electrónico, en sus arts. 23 a 29, que admite la contratación electrónica sin que sea necesario el acuerdo previo entre las partes (art. 23.2), dan carta de naturaleza al *documento electrónico*.
2. La actividad contable se desarrolla para *finés internos de información propia*, en orden a una óptima gestión empresarial, y para *rendir cuenta* de ella frente a terceros (socios, acreedores), que poseen un derecho de información contable basado en relaciones contractuales o en normas legales. Afecta a las relaciones “*inter privatos*”; *está regida por el Derecho privado*. Comprende un *proceso complejo*, (1) de identificación de datos relevantes para la adopción de decisiones, (2) recopilación continua de información sobre los mismos, (3) medición periódica de dichos datos y (4) comunicación de los resultados de este proceso a las personas que utilizan esta información para adoptar decisiones¹.

¹ Thomas L. EVANS, *Accounting & Finance for Lawyers*, Chicago, Gilbert Law Summaries, Harcourt Prof. Ed. Group, 1ª ed. 2000, p. 1-2. Sobre el “método o ciclo contable” de la contabilidad financiera, ver VELA, M. MONTESINOS, V. y SERRA, V., *Manual de contabilidad*, Barcelona, Ariel 4ª ed., 1996, p. 21; URIAS VALIENTE, *Introducción a la contabilidad*, Madrid, 1997, p. 102-131. En la doctrina jurídica, por todos, BLANCO CAMPAÑA, J., *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, obra de referencia (nuestra recensión en RDM, nº 158, 1981); EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 257 y ss., en especial p.269-270; VAZQUEZ CUETO, *Las cuentas y la documentación contable en la sociedad anónima*, en *Tratado de Derecho mercantil*, dirigido por M. Olivencia, C. Fernández Novoa y R. Jiménez de Parga, y coordinado por G. Jiménez Sánchez, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2001, págs. 18-19; MORAN BOVIO, D., en Jiménez Sánchez, G., (coord.), *Derecho mercantil*, 6ª, Ariel, Barcelona, 2000, tomo I, págs.123 y ss.; ROJO, A., en Uría y Menéndez, *Curso de Derecho mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, tomo I, 1999, págs. 137 y ss., en especial, págs. 141-142.

3. En su descripción más elemental el denominado “*ciclo contable*” consta de las siguientes operaciones: registro del hecho contable en el Libro Diario, traslado de los asientos al Libro Mayor, redacción al final del ejercicio de un balance de sumas y saldos o balance de comprobación, su confrontación con un inventario de cierre de ejercicio, regularización de cuentas del Libro Mayor, inclusión de asientos de cierre de las cuentas en los libros Diario y Mayor (cierre de ejercicio) y redacción (formulación/aprobación) de las cuentas anuales². El registro de cada operación exige el “abono” en el “haber” de una “cuenta” (de donde procede el movimiento patrimonial) y “cargo” en el pasivo de otra (la que recibe el correspondiente importe). Existe un concepto restringido de “cuenta” (definido en la Parte Segunda del Plan General Contable) y de sus “movimientos” (Parte Segunda del mismo) y un concepto amplio, o impropio, el de “*cuentas anuales*”, si bien el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias vienen a expresarse en una cuenta aritmética (por Activo y Pasivo y por Gastos e Ingresos, respectivamente). No así la *Memoria*, que es un documento verbalizado.
4. En este proceso el Derecho contable mercantil regula un *aspecto formal*, en el que el legislador se fijó tradicionalmente –registro, presentación, seguimiento histórico de los datos, control externo, prueba especial de libros de comercio– y un *aspecto material o de fondo* –qué datos se eligen, cómo se presentan, valoran o estiman y se publican, cómo controla el auditor de cuentas esta actividad contable y cómo, a su vez, es controlado el auditor de cuentas; qué independencia tienen los analistas y las sociedades de los mercados de valores y las agencias de calificación, a fin de que la información contable y financiera proteja los intereses que tutela. El *caso Enron-Andersen y otros coetáneos* han puesto al descubierto en el mercado de valores de los EEUU un sinfín de prácticas abusivas de “*contabilidad creativa*”, y mucho más,– que habrán de merecer una respuesta adecuada, con normas y sanciones muy rigurosas³.

² URIAS VALIENTE, *Introducción a la contabilidad*, cit., págs. 102-131, citado por VAZQUEZ CUETO, ob. cit., pág. 219, quien destaca que el legislador ha referido los principios de valoración a las cuentas anuales, aunque generalmente regulan sus operaciones previas: ob. cit., págs. 21-22; y VICENT CHULIÁ, F., *Disposiciones generales, balance y cuenta de pérdidas y ganancias*, en *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, en Uría/Menéndez/Olivencia (dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, págs. 105 y 130 y ss., comentario al art. 171 LSA, que se refiere a los tres actos de competencia exclusiva de los administradores: *cierre de ejercicio*, con ayuda de la dirección, en especial, del Director Financiero, *formulación de las cuentas y firma de las cuentas*.

³ John C. COFFEE, Jr., Profesor de la Columbia University Law School, da un resumen muy completo del *caso Enron* en su artículo “Understanding Enron: ‘It’s About the Gatekeepers, Stupid’”, *The Business Lawyer*, agosto 2002, págs. 1403-1420. Su diagnóstico es que fallaron más los “cancerberos”, guardadores o vigilantes (auditores de cuentas y analistas de inversiones) que los consejos de administración, sin que aquellos puedan exonerarse

La Reforma del Derecho contable no es sólo un gran problema, sino “*el problema*” del sistema capitalista, como sistema económico basado en la búsqueda de la ganancia ilimitada y en la confianza en la autorregulación del mercado⁴. Pero también de la gobernabilidad de la economía estatal, regional y mundial, en el estadio de la globalización, lo que prueba que la información o transparencia contable sirve intereses privados y públicos.

2. LAS FUENTES DEL DERECHO CONTABLE MERCANTIL

5. Las fuentes del Derecho contable mercantil son las que enumera el art. 2 del Código de comercio, en relación con el art. 1 del Código civil, a saber, la ley,

de culpa por la explicación o “story” de la burbuja (o “the Irrational Market Story”, págs. 1412 y ss.). Paul M. HEALY y Krishna PALEPU, en *Governance and Intermediations Problems in Capital Markets: Evidence from the Fall Of Enron*, amplían las causas a tener en cuenta: la pérdida de calidad del valor añadido de la auditoría, obligada a reducir costes y añadir servicios de asesoramiento, la reducción del Comité de Auditoría a una mera formalidad, la falta, en el lado de la demanda, de mayores exigencias de información por parte de los inversores institucionales: fallo de los analistas y de los intermediarios financieros. Ver http://ssrn.com/abstract_id=325440. Por su parte, Stephen H. PENMAN, en *The Quality of Financial Statement: Perspectives from the Recent Stock Market Bubble*, afronta la cuestión del fracaso del modelo contable de los GAAP, porque la burbuja del mercado de valores, estimulada por el sistema de retribución mediante “stock options”, contribuyó a la subversión de los principios contables clásicos y a la confusión sobre quiénes son los usuarios del sistema de información contable, que no son otros más que los accionistas (teoría de la “*proprietors perspective*”, frente a la “*entity perspective*”), lo que habría obligado a contabilizar los planes de *stock options* como pérdida o disminución de la participación en los fondos propios para los accionistas. Ver shp38@columbia.edu.

⁴ Un estudio realizado sobre salidas a Bolsa entre 1996 y 2000 en los EEUU revela que el 87 % de las recomendaciones emitidas eran de comprar, a pesar de que a veces los analistas recomendaban a sus propias firmas no hacerlo o, al contrario, vender, estando implicadas en estas prácticas incluso las firmas más prestigiosas (*El País*, 11.2.2002, p. 59), que han sido sancionadas por la SEC. *Enron* se convirtió en una máquina diabólica de corrupción, no transparente. Entre otras prácticas dedicó sumas ingentes a corromper a los legisladores, evaluando con un programa de ordenador conocido como *La Matriz* los costes o riesgo de los cambios legislativos anunciados a fin de cuantificar los donativos (*El País*, 11.2.2002, p. 59, col. derecha). Tras el caso *Enron*, los valores de otras importantes firmas han sufrido pérdidas en Bolsa, debido a la desconfianza de los inversores en su *contabilidad compleja* (caso de *General Electric*) e *imaginativa* (caso de las tecnológicas: *Global Crossing*, que computaba como ingresos los intercambios de capacidad en las líneas telefónicas, o *WorldCom* (como observa Lawrence Mitchell en su libro “*Irreponsabilidad Corporativa*”). Richard BACKER, Presidente del Subcomité del Mercado de Valores de la Cámara de los Representantes de los EEUU, propuso la aprobación por todos los organismos implicados de unas Normas sobre actuación de los *analistas financieros*: prohibición de que dependan o tengan que informar a los departamentos de banca de inversión de su propia firma; obligación de informar sobre si ellos o sus familiares poseen acciones de la compañía analizada; prohibición de que compren acciones de una compañía antes de que ésta salga a Bolsa, y de informar sobre ella en los 40 días anteriores si la Sociedad de Valores a la que pertenece el analista interviene en la operación; obligación de explicar claramente las recomendaciones, que tienen que ir acompañadas de gráficos históricos de la cotización de las compañías y de anteriores recomendaciones; obligación de revelar si la compañía analizada ha pagado servicios de banca de inversión en los 12 meses previos o tiene previsto hacerlo en los 3 meses siguientes; prohibición de que los analistas reciban comisiones por traer negocios a sus bancos de inversión; obligación de la firma de revelar si tiene una participación superior al 1 % en la compañía analizada.

los usos del comercio y el Derecho común. Este planteamiento rechaza la extraña concepción alemana tradicional del Derecho contable mercantil como un *Derecho público especial*, originada sin duda por el gran impacto de las normas y jurisprudencia tributarias alemanas. El *Derecho contable privado se inserta en el Derecho privado mercantil*, que regula relaciones “*inter privatos*”. Según el art. 10.3 de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades, en España el resultado contable constituye también la base imponible del Impuesto, salvo concretas correcciones legales⁵. Rige el *principio de primacía del Derecho contable mercantil sobre el Derecho fiscal*, reconocido tanto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –en especial, en la sentencia de 14 de septiembre de 1999, asunto C-275/97, *DE+ES Bauunternehmung GmbH contra Finanzamt Bergheim*– como por el Tribunal Supremo español –en especial, STS de 1 de julio de 1999, *Automáticos Pamplona, S.A.* (RAJ. 5545)⁶. De forma similar, los poderes públicos están sometidos al Derecho de la competencia que tiene también naturaleza de Derecho privado, puesto que regula relaciones *inter privatos*.

⁵ Remito a VICENT CHULIÁ, F., “Aspectos jurídico-mercantiles de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades”, *Revista General de Derecho*, núms. 628-629, enero/febrero 1997, págs. 453 a 507, en especial, págs. 454-467, rechazando que esta norma sea inconstitucional por poner en manos de los sujetos pasivos la determinación de la deuda tributaria; y también en *Disposiciones generales, balance, cuenta de pérdidas y ganancias*, en *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, Madrid, Civitas, 2000, tomo VIII, vol. 1.º, págs. 43 y ss. La citada doctrina alemana afirma la identidad de contenido entre las normas contables y las fiscales, niega que pueda ejercitarse acción de reparación de perjuicios, porque no se han dictado en protección de los particulares y por tanto, afirma que dogmáticamente pertenecen al Derecho público, si bien un Derecho público peculiar, que no permite adoptar actos administrativos (así, CANARIS, *Handelsrecht*, 22ª ed., Beck, Munich, 1995, págs. 189-193, seguido en España por EIZAGUIRRE, J.M., *Derecho mercantil*, 2ª ed., 1999, pág. 248, y 3ª ed.; y por LEON SANZ, F., *La publicidad de las cuentas anuales en el Registro Mercantil*, McGrawHill, Madrid, 1997, pág. 42, nota 22, que recoge sin crítica esta doctrina). En cambio, Karsten SCHMIDT ni siquiera cita esta extraña concepción (*Handelsrecht*, 5ª ed., 1999, págs. 413 y ss.). Ver también VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I-1.º, pp. 151 y ss., «Las cuentas anuales», en ROJO, A., (dir.), *La reforma de la Ley de sociedades anónimas*, Madrid, 1987, y «La legislación mercantil en materia contable (en los últimos diez años)», *Revista General de Derecho*, 1991, pp. 7.709 y ss.; GARRETA SUCH, J. M., *Introducción al Derecho contable*, Madrid, 1994; MARINA GARCIA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Valladolid, 1992 (428 págs.); VARIOS AUTORES, *Comentarios sobre el nuevo Plan General de Contabilidad*, ICAC, Madrid, 1993; VAZQUEZ CUETO, J.C., *Las cuentas y la documentación contable en la sociedad anónima*, en *Tratado de Derecho mercantil*, dirigido por los Profesores Manuel Olivencia, Carlos Fernández-Novoa y Rafael Jiménez de Parga, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002; y MARIA GARCÍA-TUÑÓN, A. y GARCIA-MORENO GONZALO, J.M., en Arroyo/Embid, *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Ed.Tecnos, Madrid, 2001, Volumen III, págs. 1767-1836, y 1837-1958, respectivamente (cuentas anuales e informe de gestión).

⁶ VICENT CHULIÁ, F., *Disposiciones generales...*, cit., págs. 9-10 y 47, respectivamente, citadas también en otros lugares de la obra.

6. Las *normas contables mercantiles* pueden adoptar diversas formas⁷. En primer lugar, la de *leyes mercantiles, en sentido formal, aprobadas por las Cortes Generales* –Código de comercio, Ley de sociedades anónimas- y en *sentido material: Reglamentos de primer grado*, como los Reales Decretos (que aprueban el PGC y las normas sobre consolidación de cuentas) y las Ordenes Ministeriales (como la que aprueba los modelos legales para el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil) y *Reglamentos de segundo grado*, en la actualidad, las Resoluciones del ICAC sobre Normas Técnicas Contables y las Circulares en materia contable del Banco de España y de la CNMV (para entidades de crédito y sociedades cotizadas, respectivamente).
7. La STS, contencioso-administrativa, de 27 de octubre de 1997 (RAJ. 7758), resolvió el recurso interpuesto por la *Asociación Española del Leasing* contra la Resolución del ICAC de 21 de enero de 1992 sobre *normas de valoración del inmovilizado inmaterial*, declarando que la Ley 19/1988 de auditoría de cuentas, al exigir en su art. 2.2.b) que el auditor de cuentas habría de tener en cuenta si las cuentas anuales cumplían “los principios y normas contables que establezca el ICAC”, *atribuyó a éste potestad o delegación para dictar estas normas reglamentarias*.⁸
8. Estos Reglamentos de segundo grado *no contienen normas administrativas, sino normas jurídico-privadas, que regulan relaciones inter-privatos*. No regulan relaciones entre las citadas “Administraciones públicas independientes” (CNMV, BE e ICAC) e hipotéticos “destinatarios” (las empresas sometidas a su supervisión), sino que son *disposiciones generales*, aplicables a dichas entidades y a todos los ciudadanos, que son *válidas* si se apoyan en una *delegación legal, son elaboradas por un órgano colegiado, se publican en el Boletín Oficial del Estado y respetan la jerarquía de fuentes*.
9. En segundo lugar, las normas contables pueden adoptar la forma de *usos del comercio*, como puede ocurrir, en nuestra opinión, con las normas aprobadas por las Asociaciones de expertos contables, en especial por el IASC/IASB (las NIC-NIIF) y por la AECA, en sus respectivos ámbitos, cuando concurren los *requisitos que ha de reunir todo uso del comercio*: 1) una práctica general-

⁷ VICENT CHULIÁ, F., “En torno al concepto y fuentes del Derecho contable”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, tomo I, págs. 626 y ss.; y *Disposiciones generales*, cit., págs. 65-86, con referencia, además, a las normas contables sectoriales.

⁸ VICENT CHULIÁ, F., *Disposiciones generales...*, cit., pág. 74, con cita de anteriores comentarios a la STSJ de la Comunidad de Madrid de 19 de enero de 1994 y a la STS de 27 octubre de 1997; disintiendo de la opinión que todavía siguen negando potestad reglamentaria al ICAC refutando la fundamentación del Tribunal Supremo (en especial, VAZQUEZ CUETO, ob. cit en nota 5).

mente aplicada, 2) con la convicción de su obligatoriedad, 3) que no viole la ley, la moral y el orden público y 4) que sea susceptible de prueba. Estos requisitos pueden concurrir en las NIC-NIIF –aun antes de su incorporación obligatoria, sólo a las cuentas consolidadas de los grupos de sociedades cotizadas, a partir del 1 enero 2005, por la disposición final 11ª de la Ley 62/2003-. Concurriendo aquellos requisitos serían aplicables como usos del comercio. No es admisible la objeción de que obligan sólo a los profesionales expertos contables, puesto que quienes las siguen son las empresas, asesoradas por aquellos.

10. Entendemos que las NIC-NIIF son aplicables bajo dos conceptos y dos normas distintas: 1ª) el art. 38.1 Cdeco, que remite a los “*principios de contabilidad generalmente aceptados*”; y 2ª) el artículo 2 Cdeco, en tanto que *usos del comercio*. En ambos casos, siempre que no violen la ley española, la moral y el orden público (no de otro modo prevé el art. 3 del Reglamento (CE) 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, su reconocimiento por la Comisión Europea para su incorporación en el Derecho comunitario).
11. Es cierto que según la Norma 22ª de la Quinta Parte del Plan General de Contabilidad “se considerarán principios y normas de contabilidad generalmente aceptados (solamente) los establecidos en: a) El Código de Comercio y la restante legislación mercantil; b) El Plan General de Contabilidad y sus adaptaciones sectoriales; c) Las normas de desarrollo que, en materia contable, establezca en su caso el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, y d) la demás legislación que sea específicamente aplicable”. Pero *esta norma tiene rango reglamentario*, por lo que *no puede derogar* el art. 38.1 Cdeco, ni para reducir los principios contables a la legislación ni para aislar el Derecho contable español del Derecho contable universal, en un anacrónico localismo.
12. Por otro lado, la norma 22ª citada no impide la aplicación de las NIC-NIIF en tanto puedan ser reconocidas *como usos del comercio*, dando por sentado –aunque algunos autores lo discuten– que *los usos del comercio se aplican no sólo a los contratos sino también a los actos o actividades (aquí, a la contabilidad)*. La STS de 27 octubre de 1997 (RAJ 7758), al reconocer la potestad reglamentaria del ICAC, declaró que éste en su ejercicio convierte los usos del comercio contables en normas legales : “*se trata, en definitiva, de elevar a la categoría de norma escrita los usos sobre la contabilización de determinados hechos económicos*” (FD Tercero, párrafo sexto, última frase). La aplicación de las NIC-NIIF como usos del comercio podría tener especial

trascendencia con carácter general –más allá de los grupos consolidados cotizados- en temas como la contabilización de la fusión, o del arrendamiento o *leasing* financiero.

13. Por último, el art. 2 Cdeco remite al *Derecho común*, es decir, el Código civil y otras normas civiles, generales y autonómicas. Es necesario acudir a él para resolver cuestiones fundamentales como la *naturaleza de la declaración contable* (desde el registro contable a la aprobación de las cuentas anuales), que debemos definir como *declaración de conocimiento o verdad que no tiene naturaleza de confesión extrajudicial*. Por consiguiente, puede ser revocada siempre, no constituye reconocimiento de deuda, que permitiría interrumpir la prescripción (por ej., en relación con la partida de “*dividendos pendientes de pago*”) y no produce la novación de las obligaciones a las que se refiere⁹.
14. El Derecho contable como *sistema de información* se integra también en el *Derecho de Sociedades, definidas en sentido amplísimo* –todas las entidades o formas jurídicas de empresa, societarias o no-¹⁰ y envuelve tanto las instituciones de la *auditoría de cuentas externa* –que requiere, a su vez, un órgano de supervisión de carácter público-, como la *interna*, integrada en los Códigos de Buen Gobierno de la Sociedad, en especial el *Comité de Auditoría*, formado –preferiblemente- con mayoría de *consejeros independientes*, que puedan tratar de igual a igual, en frecuentes y detenidas reuniones de trabajo, con los auditores de cuentas externos, y, si tienen dudas, consultar a un asesor distinto a la firma de auditoría. En las *sociedades cotizadas y en las entidades que emiten valores cotizados el Comité de Auditoría es preceptivo*, y en las primeras debe estar integrado por una mayoría de *consejeros no ejecutivos* (disposición adicional 18ª Ley 24/1988 del Mercado de Valores, en la redacción introducida por el art. 98, Tres de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre). Los administradores tienen obligaciones más allá de la información contable, pero ésta constituye un requisito casi ineludible para cumplirlas, hasta el punto de que la doctrina norteamericana reconoce sustantividad propia al “*duty of disclosure*”, junto al “*duty of loyalty*” y al “*duty of diligence*”. El “*Enron-Andersen debacle*” y otros casos lo han demostrado.¹¹

⁹ VICENT CHULIÁ, F., *Disposiciones generales...*, cit., págs. 62-65.

¹⁰ Remito a VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, cit., págs. 243-245.

¹¹ Sobre la importancia del tema y las limitaciones con que lo regula la Ley 26/2003, de 17 de julio, llamada “*de transparencia*”, ver en especial, VÁZQUEZ CUETO, J.C., “Reflexiones críticas sobre la reforma del derecho de información de la ccionista introducida por la Ley 26/2003, de 17 de julio”, *Derecho de los Negocios*, diciembre 2003, págs. 1-30.

15. *Si el Consejo de Administración de la sociedad no se autoorganiza de este modo habrá incurrido en negligencia y si por ello causa perjuicios a la sociedad, los socios o los terceros, en responsabilidad.* Por tanto, las reglas de Buen Gobierno tienen carácter jurídico, y no meramente “ético” o deontológico, porque no es indiferente que la Sociedad las incorpore o no a sus Estatutos y Reglamento del Consejo de Administración. La “eficiencia” de las “normas éticas” rige en todos los órdenes de la vida, antes de que el legislador las eleve a normas legales. Además, entre los requisitos para ser administrador, es necesario tener formación contable y financiera, lo que se denomina “*financial literacy*”, de modo que la aceptación del cargo sin ella constituiría negligencia.

3. EL IMPACTO DE LA REFORMA CONTABLE

16. La contabilidad mercantil ofrece *tres aspectos fundamentales*. (A) En primer lugar, es *un aspecto de la actividad empresarial de organización*, consistente en *registrar las operaciones económicas, desarrollando todo el ciclo contable antes descrito*, en interés propio, para adoptar decisiones empresariales fundadas, y *en interés de terceros*, en cumplimiento de un *deber público*, mediante *declaraciones de conocimiento o verdad* realizadas por el comerciante o por los órganos sociales de las personas jurídicas.
17. Como la *actividad de contabilidad exige una notable organización*, la sustitución por la Ley 19/1989 de 25 de julio del término “*comerciante*” por el de “*empresario*” en los arts. 25 y concordantes del Cdeco no debe ser interpretada como una extensión del deber público de contabilidad a *cerca de tres millones de –generalmente– pequeños empresarios civiles* (agricultores, ganaderos, artesanos, pescadores de bajura, vendedores ambulantes y otros). Debe tomarse como un *innecesario prurito de modernización terminológica*, dado que en el Cdeco de 1885 el término legal de “*comerciante*” ya incluye la actividad industrial. La experiencia demuestra que estos empresarios siguen sin llevar contabilidad mercantil. La regulación del nuevo sistema de contabilidad simplificado no altera esta conclusión, puesto que no ha modificado el Código de comercio¹².

¹² Ver VICENT CHULIÁ, F., *Disposiciones generales, balance, cuenta de pérdidas y ganancias*, en *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, Madrid, Civitas, 2000, tomo VIII, vol. 1º, págs. 51-60 (el debate parlamentario muestra gran indefinición sobre este tema: ver ob. cit., págs. 16-21). A nuestra inter-

18. El *Libro Blanco para la Reforma de la Contabilidad* (junio de 2002) propone seguir el modelo legislativo y de control vigente en España, integrado por normas legales (Cdeco, Ley de sociedades anónimas y otras), un Plan General de Contabilidad, adaptaciones sectoriales del PGC y desarrollos reglamentarios de segundo grado, que el *Libro Blanco* postula que en el futuro corran a cargo *exclusivamente* del ICAC (excluyendo a la CNMV y al Banco de España). Esta normativa serviría también de inspiración para regular la Contabilidad Pública o de Corporaciones Públicas y de las Entidades sin ánimo de lucro (temas que estudia la AECA). Pero el *Libro Blanco* sugiere diferenciar la información contable exigida, mediante *cuatro modelos de cuentas anuales*: los actuales, de cuentas anuales normales y cuentas anuales abreviadas (arts. 181 y 190 LSA), y otros dos, más diferenciados, para sociedades cotizadas y para pequeñas empresas.
19. Por otro lado, el *Libro Blanco* propone extender las NIC-NIIF no sólo a todas las cuentas consolidadas de grupos de sociedades no cotizadas (y no sólo a las cuentas consolidadas de grupos de sociedades cotizadas: con alguna sociedad del grupo cotizada), como permite el Reglamento 3626/02 del Parlamento Europeo y del Consejo (y no se aplican en ningún caso las NIC 14, sobre *información segmentada*, y NIC 33, sobre *ganancias por acción*). Sino que propone aplicarlas también a las cuentas anuales (“individuales”) de todas las sociedades, a fin de que la consolidación a partir de éstas no cree dificultades. El *Libro Blanco* no expresa con claridad si propone imponer el modelo de contabilidad para pequeñas empresas también a los pequeños empresarios civiles individuales o microempresas.
20. En la aplicación de la histórica *Reforma Contable* en curso, sin embargo, el legislador ha optado por una solución prudente, limitándose a exigir a partir de los ejercicios que se inicien a partir del 1 de enero de 2005 la aplicación de las NIC sólo para las cuentas consolidadas de los grupos de sociedades cotizadas, pudiendo acogerse voluntariamente a ellas los grupos de sociedades no cotizadas (Ley 62/2003, disposiciones finales undécima y duodécima).
21. En cuanto a los *modelos impresos* aprobados mediante Orden ministerial y sus extensas notas explicativas, que han ayudado a crear una práctica entre nosotros, el *Libro Blanco* aconseja al Ministerio de Economía la aprobación de *formatos de cuentas consolidadas adaptados* a las NIC-NIIF, ya que el Reglamento 3626/02 del Parlamento Europeo y del Consejo no prevé la aprobación de tales modelos.
22. (B) En un *segundo aspecto*, la actividad contable es *objeto de una ciencia*, que produce una *técnica contable* cada vez más depurada, un *vocabulario*

propio, económico-jurídico (cfr. Parte 2.^a PGC) y soluciones peculiares para expresar los hechos contables, que constituyen el “Marco Conceptual”, desde las modificaciones patrimoniales representadas por Debe y Haber -que describen las Partes Segunda y Tercera del PGC-, hasta las estructuras financieras complejas (por ej., el «leasing»). El Libro Blanco en el apartado de “Actuación Técnica” trata dos grandes temas: 1º) El nuevo Marco Conceptual de las NIC-NIIF, con importantes cambios: por ejemplo, los gastos de primer establecimiento se reconocerán como gastos de ejercicio en la cuenta de pérdidas y ganancias y no como activo en el balance. 2º) El principio de “valor razonable” en lugar del precio histórico¹³.

23. La importante Directiva 2001/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE (Directiva Cuarta sobre Sociedades), 83/349/CEE (Directiva Séptima sobre Sociedades) y 86/635/CEE (Directiva sobre

pretación restrictiva se unió J. M. EIZAGUIRRE, (en *Introducción al Derecho mercantil*, San Sebastián, 1995, ver mi recensión en RDM nº 221, 1996, págs. 1003-1038, convertida en *Derecho mercantil*, 2ª ed., Civitas, 1999; ver nuestra recensión en RDM nº 239, 2001, págs. 358 y ss.; y ahora su 3ª ed., 2002, *ibíd.*, *passim*). El resto de la doctrina sigue literalmente al legislador (“empresario”) pero en muchos casos hablan o parecen hablar de “empresario” en el sentido restringido de “comerciante o empresario mercantil”. La normativa contable reglamentaria es más genérica e inexpressiva: se refiere a “Empresas y sociedades” (PGC) e incluso al “sujeto contable” (Resolución del ICAC de 25 de marzo de 2002, *sobre reconocimiento, valoración e información de los aspectos medioambientales en las cuentas anuales*, BOE 4 abril 2002). ¿Debemos imponer el deber de contabilizar los aspectos medioambientales a los agricultores, ganaderos, artesanos, pescadores de bajura y vendedores ambulantes?. ¿Han de provisionar los pescadores de Galicia los riesgos de los “Prestige”? Creemos que no.

¹³ Ver MARTINEZ CHURIAQUE, José Ignacio, “Valor razonable en las NIC: Perspectivas en España”, *Partida Doble*, octubre 2001; GONZÁLEZ, Isaac Jonás, y HERREROS, Jorge, “Valor razonable y libro blanco: Repercusiones prácticas”, *Partida Doble*, nº 136, septiembre 2002, págs. 78-89. Prevé la contabilidad a valor razonable la NIC 32, Instrumentos financieros, presentación y desgloses; NIC 39, Instrumentos Financieros, reconocimiento y valoración (especialmente importante en este tema); NIC 38, Activos intangibles; NIC 16, Propiedades, plantas y equipos, NIC 40, Propiedades Inmobiliarias para inversión; NIC 41, Agricultura, NIC 18, Ingresos, y NIC 22, Combinaciones de negocios (fusiones). Unas veces como único método de valoración posible, otras como opción (en las NIC 16 y 40); como método de valoración posterior al momento de adquisición o producción (en que se aplica el valor histórico o de inversión). Especial interés tiene el artículo de GARCIA BÉNAU, Antonia, “El camino hacia el valor razonable (The way to Fair Value Accounting)”, *Revista de Contabilidad*, vol. 5, nº 9, enero-junio 2002, págs. 57-88, que trata los puntos más importantes, como los criterios de valoración cuando no exista un “mercado fiable” y las históricas consecuencias del cambio de concepto, ya que la sustitución del precio de adquisición o de producción por el valor razonable determina, además, el reconocimiento de beneficios no realizados (contra el principio contable básico de los arts. 31 Cuarta Directiva y 38 Cco español), dando protagonismo al “estado financiero de variación de los fondos propios” (IASB) (o “pérdidas y ganancias totales” del FASB norteamericano: ver su *Statement* Nº 130 sobre esta cuenta y sus estudios posteriores sobre el “valor razonable”). También analiza la autora la extensión del “valor razonable” en varias NIC o IAS (y sus SIC) y en otros países, más allá de los instrumentos financieros (por ej., en planes de pensiones, remuneración con acciones u opciones y propiedades de inversión).

cuentas de entidades de crédito) introduce la *contabilidad a valor razonable*, como sistema complementario de la contabilidad a precio histórico en determinados elementos. Aunque las NIC permiten la *contabilidad a valor razonable* en muchas clases de activos (por ejemplo, en inmuebles, *para la venta*), la Directiva sólo la prevé para los instrumentos financieros, incluidos los derivados y los pasivos que formen parte de una cartera de negociación o sean instrumentos financieros derivados; y dispone que no se aplicará a los instrumentos financieros distintos de los derivados que van a ser mantenidos hasta su vencimiento, los préstamos y anticipos concedidos por la sociedad no mantenidos con fines de negociación y los intereses en empresas filiales, asociadas y conjuntas, entre otros (nuevo art. 42 bis de la Cuarta Directiva). El valor razonable se determinará con referencia a un *valor de mercado* “para los instrumentos financieros para los que pueda determinarse un *mercado fiable*”; o por “el *valor obtenido mediante la aplicación de modelos y técnicas de valoración generalmente aceptados, que deberán proporcionar una aproximación razonable al valor de mercado*”.

24. Según el nuevo art. 42 *quater* de la Cuarta Directiva, *toda variación de valor de un instrumento financiero valorado a valor razonable se consignará en la cuenta de pérdidas y ganancias*, aunque los Estados miembros podrán autorizar o permitir que una variación en el valor de un activo financiero disponible para la venta distinto de un instrumento financiero derivado se incluya directamente en los fondos propios, en una “reserva por valor razonable”.
25. La Ley 44/2002 de 22 de noviembre *de medidas de reforma del sistema financiero* (BOE del 23) en sus *disposiciones adicionales novena, décima y undécima* ha introducido el concepto de “*valor razonable*” en las Leyes de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y de sociedades laborales, en sustitución del concepto de “*valor real*” de las acciones y participaciones sociales, en los supuestos en que deban ser valoradas (para liquidación, o pago al socio transmitente, o para otras finalidades). El valor razonable, que en el “*modelo contable*” de las NIC tiene una *finalidad meramente contable*, no se alejará de los métodos de determinación del “*valor real*” de acciones y participaciones reconocidos en la Resolución del ICAC de 23 de octubre de 1991, sobre “*Informe Especial de Valoración en el supuesto de los artículos 64, 147, 149 y 225 del TR de la LSA*”, abiertos cada vez más a los métodos dinámicos o financieros. Según esta Resolución, si las acciones están cotizadas y el auditor considera fiable dicha cotización, tienen el valor de cotiza-

ción. En caso contrario se valorarán aplicando alguno de los sistemas que menciona, de manera enunciativa¹⁴.

26. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE del 31), de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha modificado el art. 46 del Cdeco., incluyendo una regla 9ª, que exige la *valoración por su valor razonable de determinados activos y pasivos financieros* y la excluye para otros que enumera. Su apartado Tres ordena calcularlo con referencia a un *valor de mercado fiable*, o mediante los *modelos que se determinen reglamentariamente* o, en último caso, por su precio de adquisición, y las variaciones en el valor razonable se consignarán en la cuenta de pérdidas y ganancias. El art. 48 del Cdeco incluye dos nuevas indicaciones, 14ª y 15ª, según que los instrumentos financieros se hayan valorado por el valor razonable o no. El art. 49 Cdeco se modifica para mejorar la información que debe contener el *informe de gestión consolidado*, modificando su apartado 1 y añadiendo un apartado 3. Igualmente, el art. 107 de la Ley 62/2003 ha modificado el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, añadiendo al art. 200 LSA una indicación Decimoquinta en la memoria, relativa al *valor razonable de los instrumentos financieros* (que podrá omitirse en la memoria abreviada). El art. 202 de la LSA se ha modificado para ampliar la información contenida en el informe de gestión (apartado 1: sobre todo, descripción de los riesgos a que se enfrenta la sociedad; y nuevo apartado 4, para el caso de uso de instrumentos financieros por la sociedad).
27. Según el *Libro Blanco*, la *Reforma Contable* también comporta innovaciones en algunas "*Cuestiones Concretas*": la transición con neutralidad de efectos fiscales a la nueva contabilidad; la contabilidad de fusiones, siguiendo el *principio de adquisición*, salvo excepciones, en que regirá el principio de *unión de intereses*, o el reconocimiento y amortización sistemática del fondo de comercio.
28. (B) En un *tercer aspecto*, el más importante, la contabilidad es un *sistema de información objetiva*¹⁵ dirigida a terceros (acreedores, inversores, emplea-

¹⁴ Remito a VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 16ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, págs.206-207.

¹⁵ Ver, en especial, COLOMBO, G.E., *Bilancio d' esercizio e consolidato*, en Colombo, G.E. y Portale, G.B., *Trattato delle società per azioni*, 7, UTET, Torino, 1994, págs. 33 y ss., donde afirma que "ya en el sistema legislativo precedente a la reciente reforma (reforma italiana de 1991) la ley atribuyó a las cuentas anuales la función de información objetiva e imparcial sobre la composición y el valor (determinado según criterios orientados a hacer emerger todo y sólo el beneficio atribuible al ejercicio) del patrimonio social, y sobre el resultado obtenido, (lo que) se desprendía de una serie de datos textuales y sistemáticos" (págs. 35-36), por lo que "resulta confirmada ... la inadmisibilidad de las políticas de balance y, al contrario, el destino de éste (de las cuentas anuales) a la determinación de todo y sólo del beneficio conseguido y a la coherente exposición del patrimonio social" (pág. 40); la reforma italiana, mediante la transposición de la Cuarta Directiva por D.Leg. de 9 de

dos de la empresa, Hacienda Pública, etc.), como explica la «Introducción» del Plan General de Contabilidad. La *información contable debe ser útil o comprensible* para los socios, inversores y acreedores, servir para «*dar cuenta y razón*», además de ser *verdadera o fiable*. La *memoria*, por ello, es pieza fundamental de las cuentas anuales (PGC. Parte 4.^a). Parece necesario reconocer que los destinatarios fundamentales de la información son los accionistas, lo que inclina a optar por *la teoría de la propiedad* en lugar de la *teoría de la entidad o empresa*, que parece seguir la legislación española en la contabilización de la remuneración de los administradores, que no figura en el balance entre los “gastos”, aunque en la práctica es deducida como tal, aunque consista en participación en beneficios, o en *stock options*.¹⁶

29. Las disposiciones contables reglamentarias reflejan la expansión de este deber de información objetiva. Así, la Resolución del ICAC de 25 de marzo de 2002, sobre *reconocimiento, valoración e información de los aspectos medioambientales en las cuentas anuales* (BOE del 4 de abril de 2002) generaliza normas del R.D. 437/1998 de 20 de marzo, de adaptación del Plan General de Contabilidad a las *empresas del sector eléctrico* que, aun siendo especiales, expresan principios generales, igual que ocurrió con los “costes de transición a la competencia” en los sectores desregulados. En la contabilización de las “compensaciones a recibir de un tercero” por daños medioambientales la Resolución sigue la Norma de Valoración 23^a de la Orden de 11 de mayo de 2001 de adaptación del PGC a las empresas del sector vitivinícola respecto a las “indemnizaciones por entidades de seguros”. Su Norma Tercera de la Resolución define restrictivamente el medio ambiente como “entorno físico natural” (excluyendo los aspectos sociales; pero la contaminación acústica debe interpretarse incluida, siguiendo la *Recomendación de la Comisión sobre contabilidad medioambiental*.¹⁷ Pero su Norma Segunda *amplía enormemente las fuentes de las obligaciones medioambientales*, añadiendo a derivadas de las disposiciones legales o contractuales las *obligaciones implícitas o tácitas, dimanantes de declaraciones públicas o de la*

abril de 1991, confirma la función de la información objetiva de las cuentas anuales, a cuyo fin la Comisión d' Alessandro consiguió mantener hasta el final la fórmula “representación (o imagen) verdadera y correcta” (págs. 47-65) y por ello las normas sobre las cuentas anuales tienen carácter imperativo (págs. 65-74).

¹⁶ Cuestión distinta es que en los EEUU se haya observado que este sistema de contabilización no haya permitido reconocer la futura disminución de la participación de los accionistas en los fondos propios como consecuencia del ejercicio, en su día, de la opción (ver nota *supra*).

¹⁷ Recomendación de la Comisión 2001/453/CE, de 30 de mayo de 2001, DOCE L 156/33 de 13.6.2001).

actuación tradicional de la empresa y de la evolución probable de la regulación medioambiental. Este aspecto de la Resolución pone a las empresas ante unas responsabilidades contables y financieras de las que no eran conscientes (aunque el deber de provisionar debe seguir la exigencia legal de los arts. 179 y 188 LSA).¹⁸

30. Se ha discutido si el deber legal de publicar las cuentas anuales atendía a una *demanda efectiva* de información en el mercado o era una invasión “no eficiente” del ámbito reservado de la empresa (el “secreto contable”). Pero existe una demanda creciente de información y las últimas crisis de los mercados de valores tienden a aumentarla. En especial, en los *mercados financieros*, relativos a promesas de pago, a veces en forma de *instrumentos derivados*, cuya contabilización “expresa más una *economía de conceptos* que una *economía real*” (como dijo, con eufemismo, el Sr. Greenspan, Director de la Reserva del Tesoro de los EEUU, comentando el caso *Enron*)¹⁹.
31. Además, como todas las «*normas de transparencia*», el deber de depósito de las cuentas anuales *ha creado una creciente demanda efectiva de información, en especial de las últimas cuentas anuales* (por ejemplo, de los comerciantes competidores respecto del aplazamiento del pago a los proveedores por las grandes superficies de venta: cfr. art. 17 y disposiciones adicionales 3.^a y 4.^a de la Ley 7/1996 de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE del 17). El *Informe Final del Grupo de Expertos* presidido por el Profesor Jaap WINTER confía en que la mera obligación impuesta a las sociedades cotizadas de publicar un informe sobre las reglas de Buen Gobierno que aplican y los puntos en que se separan de ellas (“*comply or explain*”) sería suficiente para obligarlas a cumplirlas.²⁰
32. Las nuevas tecnologías de la *Sociedad de la Información* permiten la “*información financiera digital*” a través de Internet y la *difusión de estados contables con mayor frecuencia de la prevista en las leyes vigentes*, incluso

¹⁸ Ver VICENT CHULIÀ, Disposiciones generales, balance y cuenta de pérdidas y ganancias, en *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, cit., págs. 325 y ss. y 416 y ss.

¹⁹ Ver ya GABÁS, F., MONEVA ABADÍA, J.M., BELLOSTAS PÉREZ-GRUESO, A.J., JARNE JARNE, J.I., “Análisis de la demanda de información financiera en la coyuntura actual”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXV, 1996, págs. 103-137

²⁰ *Report of the High Level Group of Company Law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Brussels 4 November 2002, pág.10, Recommendation Item III.1: Annual Corporate Governance Statement.

33. En especial, el XBRL como formato de divulgación universal “va a permitir la creación de informes financieros personalizables, a bajo coste y en un formato compatible con la mayoría de las aplicaciones informáticas de contabilidad y de análisis de datos financieros”, ya que “*el XBRL es un método basado en los estándares de internet con el que los usuarios pueden preparar, publicar en diversos formatos, intercambiar y analizar los estados financieros y la información en ellos contenida*”. La utilización de Internet como medio de distribución de la información financiera va a generar *la necesidad de nuevos servicios de certificación*. Al respecto se resalta que en España ya se han difundido algunas de estas prácticas, por ejemplo el sistema de validación internacional denominado *webtrust*²³.
34. La reciente crisis de confianza en el sistema financiero y la creciente oferta y demanda de información financiera ampliarán el ámbito de actuación de los auditores de cuentas y de otros “gatekeepers” y, consiguientemente, sus trabajos, ingresos y responsabilidades. Cada vez más, los auditores de cuentas tendrán que desarrollar una diligencia activa²⁴.

haya de aprobarlas”(cursiva añadida). La norma propuesta prolongaría la situación de riesgo de verdadera insolvencia hasta la Junta general ordinaria, y, además –en el futuro–, en una *contabilidad a valor razonable* y ya no a valor histórico-contable (aunque, sin duda, como reconoce el Prof. Angel Rojo en el citado trabajo, el deber general de diligencia de los administradores les obligaría a promover antes la disolución). La norma especial quedaría como único supuesto en el que se les aplicaría la responsabilidad/sanción civil del actual art. 262.5 LSA (=105.5LSL), que la Propuesta de Código recoge en el art. 561.1: “Cuando concorra la causa legal de disolución por pérdidas y los administradores no hubieran formulado las cuentas en los tres primeros meses del ejercicio social y no hubieran convocado la junta de socios o, en su caso, no hubieran solicitado la disolución judicial de la sociedad, responderán solidariamente entre ellos y con la propia sociedad de todas las deudas sociales, salvo que la sociedad hubiera instado la declaración judicial de suspensión de pagos o de quiebra”. Es necesario derogar o modificar esta norma (VICENT CHULIÀ, F., “Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil ante la unificación del Derecho concursal”, *Derecho de los Negocios*, septiembre 2002, pág. 1 y ss.), aunque la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, la ha ratificado extendiendo incluso el régimen de responsabilidad del art. 262.5 LSA a la omisión del deber de solicitar el concurso desde que se ha producido la insolvencia, incurriendo en la incongruencia de “castigar” a los administradores más –responsabilidad o “pena civil” por todas las deudas– lo menos grave –omisión de promover la disolución, exista o no insolvencia– y menos –responsabilidad por los créditos impagados y sólo en caso de culpa grave– lo más grave –provocación o agravación de la insolvencia. El Informe Jaap Winter propone una norma comunitaria que imponga responsabilidad a los administradores por no promover la disolución obligatoria (*wrongful trading*) pero parece que se refiere al supuesto de insolvencia de la sociedad para pagarlas: “*Otherwise, the directors will be liable fully or in part to creditors for their unpaid claims*” (pág. 68).

²³ Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma (Libro Blanco para la reforma de la contabilidad en España), ICAC, Ministerio de Economía, Madrid, junio de 2002, Capítulo 7, págs. 176-177.

²⁴ Ver FERNANDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un Derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial (art. 209.1.b) LSA*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, págs. 79 y ss.; y VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, cit., págs. 179-180. No llegarán a ser un “bull dog”, o perro de presa, o “detectives” o “fiscales”, pero tampoco podrán permanecer en la pasividad de un

35. De acuerdo con el “Marco conceptual para la información financiera” formulado por la AECA²⁵, las características cualitativas que debe cumplir la información financiera son la relevancia y la fiabilidad; a ellas se añaden la oportunidad, la razonabilidad y la economicidad. La principal aportación de la divulgación en formato digital sería la *versatilidad*, facilitando la *comparabilidad* (con los resultados obtenidos aplicando otras normativas) y la *sensibilidad de los efectos de la información*²⁶. La reciente incorporación a la web de las sociedades cotizadas de la información contable, además de la corporativa, por disposición de la Ley 26/2003, de transparencia, pondrá a prueba esta característica, como han revelado los primeros análisis²⁷.
36. El Libro Blanco defiende la incorporación de un Marco Conceptual que completaría la primera parte del futuro PGC y sería el soporte teórico de la normativa contable. Sus características cualitativas serían la relevancia y la fiabilidad, que el Libro Blanco define: “La relevancia es la utilidad *notoria, potencial o real en su doble dimensión, de predicción y de confirmación, para los fines perseguidos por los diferentes destinatarios de la información financiera. La fiabilidad se refiere a la capacidad de una información de expresar con el máximo rigor las características básicas y condiciones de los hechos reflejados*”²⁸.
37. Otras políticas que inciden en la empresa deben tener reflejo en la contabilidad, como la *protección del medio ambiente*²⁹ y la creación de un *Mercado*

“*watch dog*”, o perro guardián, ni menos de un perro manso o faldero (“*gos mesell*”, en catalán), dado que defienden los intereses de terceros, el “interés público” de la contabilidad. Recordaremos este extremo en relación con la consolidación.

²⁵AECA: *Marco conceptual para la información financiera*. Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, Madrid, 1999.

²⁶ GANDIA CABEDO, ob. cit., en relación con la mayor comparabilidad, cita el caso de la página web de *Microsoft*, que muestra su cuenta de resultados de acuerdo con las normas norteamericanas y de Alemania, Australia, Canadá, Francia, Japón y Reino Unido (<http://www.microsoft.com/msft/tools.htm>). Entre los modelos de divulgación que se han propuesto, destaca el desarrollado por el FASB en los EEUU que siguiendo el Informe Jenkins (AICPA, 1994), combina la información de los estados financieros tradicionales con nuevas informaciones, aplicado a una empresa ficticia, o caso de laboratorio: “*Fauxcom.Inc*” (<http://www.rutgers.edu/Accounting/raw/fsb/tech/index.html>).

²⁷ Ver Orden Ministerial de 26 diciembre 2003 (BOE 9 enero 2004), completada por la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la CNMV, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas (BOE 29 marzo 2004).

²⁸ *Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma (Libro Blanco para la reforma de la contabilidad en España)*, cit., Capítulo 5, págs. 102 y 104.

²⁹ Ver *supra*, y la Recomendación de la Comisión de 30 de mayo de 2001, 2001/453/CE, DOCE L 156/33 de 13.6.2001, que completa la Comunicación interpretativa de la Comisión de 1997 sobre determinados artículos de la Cuarta y Séptima Directivas: DO C 143 de 21.1.1998; tomando como referencia las IAS relacionadas con la materia, como la IAS 36, sobre pérdidas inesperadas del valor de los activos, la IAS 37, sobre provisiones e informaciones sobre activos y pasivos contingentes, y la IAS 38, sobre inmovilizado inmaterial, y la Resolución del ICAC de 25 de marzo de 2002 (BOE del 4 de abril) antes comentada.

de Valores Europeo integrado, para el año 2005, fijada por el Consejo de Lisboa de la UE celebrado los días 23 y 24 de marzo de 2000.

38. La Comisión Europea adoptó el 13 de junio de 2000 la Comunicación *La estrategia de la UE en materia de información financiera: El camino a seguir* (Com(2000), 359, 13.2.2000) y presentó la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad* (Bruselas, 12.2.2001, COM (2001) 80 final, 2001/0044(COD) para que todas las sociedades cotizadas en mercados regulados europeos (unas 7.000, de las cuales 275 ya aplicaban las NIC), elaborasen las cuentas consolidadas de acuerdo con las NIC-NIIF (IAS/IASB), como una *normativa adicional a las directivas, aplicable obligatoriamente a las cuentas consolidadas* cerradas a partir de 1.1.2005 (y voluntariamente por los Estados a las cuentas individuales de las sociedades), que aumentará la comparabilidad y la transparencia de la información financiera. La Propuesta insertaba como Anexo las 40 NIC y las 25 resoluciones del *Standing Interpretation Committee* (SIC) sobre aquellas existentes a la sazón. El Reglamento preveía, en un *atrevido sistema de delegación normativa*, que el *Comité de Reglamentación* evaluara las NIC y les *diera, directamente, carácter legal* para su aplicación en la UE. La función interpretativa de las NIC adoptadas correría a cargo de un *Comité de expertos técnicos*. Como veremos, el *sistema definitivo difiere del proyectado*. Una encuesta reveló que el 79 % de las sociedades cotizadas encuestadas apoyaban esta iniciativa, por motivos estratégicos y financieros evidentes.
39. Tras su aprobación, el *Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad*³⁰ reitera los objetivos expuestos en la Propuesta, introduciendo una cierta flexibilidad (ampliando de 2005 a 2007 la entrada en vigor de determinadas disposiciones) y simplificando el procedimiento de incorporación de las NIC-NIIF.
40. El artículo 2 dice que “a efectos del presente Reglamento, se entenderá por “normas internacionales de contabilidad” (1) las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), (2) las Normas internacionales de información financiera (NIIF) y las interpretaciones correspondientes (interpretaciones del SIC/interpretaciones del IFRIC), (4) las modificaciones ulteriores de dichas normas y de las interpretaciones correspondientes, (5) así como las futuras normas y las interpretaciones correspondientes que pueda elaborar

³⁰ DOCE L 243/1, de 11.9.2002.

o aprobar el Consejo de Normas internacionales de contabilidad (CNIC)". La norma refleja el hecho de que a partir de enero de 2001 se modificó la denominación (y estructura) del "Comité de Normas Internacionales de Contabilidad" (IAS Committee) por la de "Consejo" u "Oficina" (Board), así como del *Comité Permanente de Interpretación de las NIC*, y que éstas pasaron a denominarse, en el futuro, NIIF (Normas internacionales de información financiera), en reconocimiento de la ampliación de la información que deben suministrar las Sociedades al mercado.

41. El Reglamento establece un procedimiento para decidir la aplicabilidad de las NIC-NIIF en la Comunidad Europea *distinto al de la Propuesta*. La decidirá respecto de cada NIC-NIIF la *Comisión Europea* con el asesoramiento del *Comité de Reglamentación Contable* y no éste, de forma directa (art. 6.2, que remite al procedimiento establecido en la Decisión de la Comisión Europea 1999/468/CE). Para su aprobación las NIC-NIIF deben cumplir los *requisitos materiales* establecidos en el art. 3 del Reglamento: 1º) que contribuyan a mostrar *la imagen fiel* del patrimonio, situación financiera y resultados de las sociedades (arts. 2.3 de la Directiva 78/660/CEE y 16.3 de la Directiva 83/349/CEE; 2º) que favorezcan el *interés público europeo*; y 3º) los de "*comprensibilidad, pertinencia, fiabilidad y comparabilidad de la información financiera*, necesarios para tomar decisiones en materia económica y evaluar la gestión de la dirección". A más tardar el 31 de diciembre de 2002 la Comisión Europea tenía que decidir acerca de la aplicabilidad de las normas NIC-NIIF existentes en el momento de entrada en vigor del Reglamento.; lo que hizo mediante el Reglamento 1735/2003, de 29 de septiembre³¹.
42. En ocasiones, la crisis económica de un país puede obligar a adoptar una legislación contable más rigurosa para las inversiones realizadas en el mismo, como ocurrió con Argentina, a fin de hacer cumplir los principios de imagen fiel y de prudencia, así como la fijación del tipo de cambio de cierre aplicable a la traslación de las cuentas de pesos a pesetas o euros, dado que no existía un mercado de cambio a 31.12.2001; o la amortización acelerada de los fondos de comercio registrados en las adquisiciones de empresas, reconociendo las pérdidas potenciales —que, por otro lado, ya ha descontado el Mercado de Valores— (Resolución del ICAC de 2002).
43. Además de la información utilizada por los usuarios de la contabilidad, es necesario destacar la función de los «*non use benefits*» (beneficios del deber de información de los emisores, aunque no la usen sus destinatarios, como se ha

³¹ DOCE L 261/1-420 págs., de 13.10.2003.

comprobado en la información a los consumidores). Estos beneficios se manifiestan en las normas contables, como *normas de transparencia del mercado*, en el *aumento de la competencia entre las empresas*, en su lucha por conseguir los mejores recursos productivos y financieros, y por colocar sus productos y servicios en el mercado, pudiendo las empresas –y otros sujetos legitimados– ejercitar acciones y medidas cautelares de competencia desleal contra las que violen estas normas de transparencia (art. 15.2 Ley 3/91 de competencia desleal), aunque es punto discutido.

44. Doctrina y jurisprudencia han reconocido el “*interés público*” en la *información contable*, sin que ello convierta el Derecho contable mercantil en Derecho público. Las SSTJCE de 4 diciembre 1997, caso «*Daihatsu Deutschland GmbH*», en pleito promovido por sus distribuidores, y de 29 de septiembre de 1998, *República Federal Alemana*, declaran que los «terceros», en cuyo interés ya el art. 6 de la Primera Directiva obligó a publicar las cuentas anuales, no pueden quedar reducidos a los acreedores, y que el Juez del Registro debe poder aplicar de oficio las sanciones por incumplimiento. Por tanto, cuando el art. 335 Cdeco. alemán legitimaba sólo a los acreedores para instar la aplicación de multa a las sociedades que no depositaran las cuentas, incumplía las Directivas Primera y Cuarta. En suma, el Derecho contable forma parte del “marco de la economía de mercado” en el que tiene que ejercerse la libertad de empresa, según el art. 38 CE. El “interés público europeo” es también requisito para la aprobación de las NIC-NIIF como normas comunitarias (art. 3 Reglamento (CE) N° 1606/2002, de 19 de julio de 2002).

4. EL RÉGIMEN SIMPLIFICADO DE CONTABILIDAD

45. La Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social ha introducido algunas modificaciones importantes en la legislación contable y de auditoría: el régimen de contabilidad simplificado, el régimen de cuentas consolidadas, nuevas menciones de la memoria y del informe de gestión anuales y consolidados y el Comité de Auditoría, que pasa a ser exigible para todas las entidades que emitan valores cotizados en Bolsa.
46. De acuerdo con el art. 105 de la Ley 62/2003, el RD. 296/2004 de 20 de febrero (BOE del 27) regula el régimen simplificado de contabilidad,³²

³² El art. 105 Ley 62 /2003, de 30 de diciembre (BOE del 31) modifica el art. 141 y disposición adicional 12ª de la LSL en su redacción por Ley 7/2003 de sociedad limitada Nueva Empresa. La disposición adicional 24ª de la LSL añadida por la Ley 62/2003 amplía los sujetos que pueden acogerse a este régimen, reconociendo

dando cumplimiento a las finalidades de la *Carta Europea de las Pequeñas Empresas*, al facilitar sus obligaciones contables.

47. Estas normas no resuelven el problema de su aplicación a los *pequeños empresarios no comerciantes y de las sociedades civiles*. Estos sujetos no quedan, en principio, sometidos al régimen simplificado de contabilidad. El art. 2 del RD. dispone que “podrá ser aplicado por todos los *sujetos contables*, cualquiera que sea su forma jurídica, individual o societaria, que *debiendo llevar contabilidad ajustada al Código de comercio, o a las normas por las que se rigen* (cursiva añadida) durante dos ejercicios consecutivos reúnan a la fecha de cierre de cada uno de ellos (ver disposición transitoria 2ª), al menos dos de las siguientes circunstancias”: 1) que el total del activo no supere el millón de euros; 2) que el importe neto de la cifra de negocios anual sea inferior a dos millones de euros; y 3) que el número medio de trabajadores durante el ejercicio no sea superior a diez. Además, han de cumplir los siguientes requisitos: 1º) que el capital no esté constituido por varias clases de acciones o participaciones; 2º) que la entidad no sea socio colectivo de otra sociedad (colectiva o comanditaria); 3º) que no pertenezca a un grupo de empresas vinculadas; 4º) que no conceda créditos comerciales ni esté obligada a suministrar información a organismos de supervisión del sistema financiero; 5º) que no realice operaciones conectadas a un arrendamiento financiero, como método de financiación; y 6º) que no realice arrendamiento financiero para financiar terrenos, solares u otros activos no amortizables. En definitiva, el “sujeto contable” debe ser un comerciante o una sociedad pequeña y sencilla.
48. El sistema se basa en un *libro diario simplificado*, ordenado en columnas, cuyas sumas ofrecen las principales masas patrimoniales y por diferencia entre ingresos y gastos el resultado del ejercicio (art. 3º del RD. 296/2004) y en unas cuentas anuales simplificadas, adaptadas a los modelos simplificados del Anexo II del RD (art. 4º); y en normas de valoración simplificadas (art. 5º). En especial en el contrato de leasing o arrendamiento financiero se registran las cuotas devengadas como un gasto, como si fuera un arrendamiento normal, y la opción de compra como un activo valorado con arreglo al principio de precio de adquisición. El Impuesto sobre el beneficio devengado en el ejercicio se contabiliza como gasto de ejercicio por el importe a ingresar (eludiendo la compleja Norma 16 de valoración del PGC).

que vincularlo a los comerciantes individuales y a las sociedades limitadas ignoraría la existencia de pequeñas empresas en forma de SA y otras entidades sometidas al deber de contabilidad, como las fundaciones y asociaciones, a las que conviene extender el régimen simplificado.

5. EL NUEVO RÉGIMEN DE CUENTAS E INFORME DE GESTIÓN CONSOLIDADOS

49. Las *sociedades* y *entidades* dominantes de un grupo de sociedades, junto a las cuentas anuales y al informe de gestión “individuales”, deben presentar las *cuentas consolidadas* y el *informe de gestión consolidado*. El art. 42 Cdeco, en su nueva redacción dada por el art. 107 de la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, transpone las reformas de la Directiva 2003/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2003, introducidas en las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE (*Séptima Directiva* sobre sociedades); 86/635/CEE y 91/674/CEE del Consejo, sobre las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedades, bancos y otras entidades financieras y empresas de seguros,³³ siendo de aplicación también la NIC 27 (con la revisión vigente a partir de 2005),³⁴ sobre estados financieros consolidados y contabilización de inversiones en sociedades dependientes (por disposición del Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la aplicación de las NIC y del Reglamento de la Comisión nº 1725/2003 de 29 de septiembre de 2003).³⁵
50. El debate parlamentario en las Cortes Generales sobre esta importante reforma fue casi inexistente. La redacción de la norma ha quedado igual que estaba en el art. 53 del Proyecto de Ley (que acabó siendo el art. 106 de la Ley 62/2003), a pesar de que podría haberse mejorado, *evitando oscuridades y, sobre todo, graves errores*.
51. Se rechazaron la enmienda del PNV, de supresión, que reprochaba, con razón, que esta reforma se introdujera de forma apresurada en la Ley de acompañamiento³⁶- y las que proponían incorporar una norma específica sobre cuentas consolidadas de grupos cooperativos de cooperación y de integración, poniendo remedio al incumplimiento por el Gobierno del mandato de la disposición

³³ Es texto pertinente a efectos del EEE, ver DOCE L 178/16, de 17.7.2003 (y texto consolidado de la Séptima Directiva producido por el sistema CONSLEG, de 17.7.2003, 27 págs.)

³⁴ Existe un nuevo texto de la NIC 27 para su entrada en vigor el 1 de enero de 2005, con algunas muy concretas modificaciones, excluyendo la consolidación (por ejemplo, en caso de que el control sobre la filial vaya a ser temporal).

³⁵ Ver, respectivamente, DOCE L 243/1, de 11.9.2002, y DOCE L 261/1-420, de 13.10.2003. Ver también “Comentarios relativos a ciertos artículos del Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo”, de 19 de julio de 2002 (Comisión Europea. Bruselas, noviembre de 2003 (38 págs.), y Texto consolidado de la Séptima Directiva del Consejo de 13 de junio de 1983, producido por el sistema CONSLEG, de la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 17/07/2003.

³⁶ Enmienda núm. 160, del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) al art. 68 del Proyecto, de supresión. Justificación: “Tal como dictamina el Consejo de Estado en el informe emitido respecto del presente proyecto, no resulta adecuado introducir modificaciones a los textos codificados mediante los preceptos de una ley de acompañamiento, en la cual no se constata la reflexión ni los informes y asesoramientos que requieren este tipo

final 4ª de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas estatal³⁷. Al eludir este tema quedaba sin debatir si el nuevo art. 42 Cdeco se aplica a los grupos de cooperación u horizontales, con carácter general. La respuesta ha de ser afirmativa, si mediante un contrato se crea una “unidad de decisión”, como puede ocurrir, en especial, mediante un “contrato de constitución de grupo de sociedades”, cuya legitimidad, aunque dudosa, parece venir avalada por el art. 78 de la Ley 27/1999 de 16 de julio, de cooperativas, al regular el denominado “grupo cooperativo”, atendiendo a sugerencias de un sector de nuestra doctrina, muy germanizante en la materia, mediante la “subordinación” que se crea con un “compromiso general” (art. 78.4 Lcoop) que viene a ser un “contrato de dominación”, que se une al “acuerdo de integración” de cada cooperativa con el grupo (art. 78.5)³⁸. De todos modos, cualquier otra forma de “unidad de decisión” basada en un contrato puede justificar el deber de consolidar, de acuerdo con el nuevo texto del art. 42.1 Cdeco. que instaura esta noción como clave de bóveda del nuevo concepto de grupo consolidable.

52. En el *capítulo de oscuridades*, la norma no define con claridad el sujeto del deber de consolidación, que sin duda ha de ser una “*empresa*”, de conformidad con el art. 1º de la Directiva 2003/51/CE: “Los Estados miembros impondrán a *toda empresa* sujeta a su derecho nacional la obligación de establecer cuentas consolidadas...” (cursiva añadida). Este concepto en la Directiva incluye obligatoriamente a las sociedades de capital, pero los

de textos ni tampoco se cumplimentan las funciones que debe llevar a cabo la Comisión General de Codificación. Es acertada la afirmación del Consejo de Estado de que los Códigos deben ser modificados desde una visión global” (BOCE, Congreso de los Diputados, 10 de noviembre de 2003, pág. 143; reiterada en el Senado: enmienda núm. 141, BOCE, Senado 4 de noviembre de 2003, pág. 180-181).

³⁷ Enmiendas núm. 161 del Grupo Parlamentario Vasco (BOCE, cit., pág. 183), “a fin de completar el propósito del Proyecto de Ley de ampliar el perímetro de sociedades consolidables” y “coordinar la norma con la vigente en sede cooperativa, que es tanto estatal como autonómica”, núm. 200 y 201: “Los grupos cooperativos tanto de coordinación como de integración, en razón de su especialidad, se rigen por la correspondiente legislación cooperativa – estatal o autonómica – y por la regulación que apruebe el Gobierno conforme a la disposición final cuarta de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas” (págs. 183-184), con esta justificación: “Se trata de evitar la inaplicación del régimen de consolidación contable a los grupos cooperativos, que no están presididos ni organizados (ni podrían serlo) por los principios de control via capital previstos en las situaciones a que se refiere el número 1 del propio art. 68.1 del proyecto de Ley”. “(a)decuarse a las Directivas comunitarias en la materia...” y “(p)ermitir el resultado que sin duda el Proyecto pretende (que los grupos societarios que constituyen una unidad económica consoliden sus cuentas), pero no incurrir en olvidos o apresuramientos que hagan inviable – en sede corporativa – el resultado perseguido”. En el Senado, la enmienda núm. 474, del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (BOCE, Senado, 4 de diciembre de 2003, pág. 325).

³⁸ Ver en especial, EMBID IRUJO, J.M., “El contrato de constitución del grupo en el derecho español”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 15, 2000, págs. 57 y ss. y en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid McGrawHill, 2002. Vol. V., págs. 5323 y ss.; y la exposición y crítica de esta figura en VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, cit., págs. 617 y 72, respectivamente.

Estados pueden ampliarla a otras entidades, como expresa el párrafo 3º del Preámbulo de la Directiva (“estas cuentas consolidadas se establecen obligatoriamente, *al menos*, cuando dicha sociedad (sociedad de capital) es una sociedad matriz...”). El art. 42.1 Cdeco en su párrafo 1º se refiere a “*toda sociedad dominante*”; en cambio en su último párrafo emplea la expresión “a los derechos de voto de la *entidad dominante* se añadirán...”. Una interpretación sistemática y teleológica del precepto nos permite afirmar: 1º) Sólo quedan sometidas al deber de consolidar las personas jurídicas o “sociedades en sentido amplísimo” (en el sentido definido por los arts. 48.2 TCE, antiguo 58.2; 7 de la LIS 43/1995 y 297 y ss. CP)³⁹ y que estén sometidas al deber público de contabilidad, puesto que el sujeto obligado a consolidar ha de hacerlo sumando a sus propias cuentas anuales los datos suministrados por las demás sociedades del grupo. 2º) Quedan por tanto excluidas las sociedades civiles y las fundaciones no sometidas al deber pleno de contabilidad, porque no poseen mayoría de votos en sociedades, y las personas físicas, aunque estén sometidas al deber de contabilidad (en especial, los comerciantes individuales). Esta constituye la sustancial diferencia que subsiste entre la definición de grupo de sociedades consolidable, del art. 42 Cdeco, y la del art. 4 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, dado que la CNMV necesita información sobre las personas físicas que ejercen el control sobre los grupos de sociedades y les imprimen unidad a sus conductas en el mercado⁴⁰.

53. El deber de consolidar se impone cuando la sociedad o entidad es dominante de una o varias sociedades, formando un grupo de sociedades, que se

³⁹ Ver sobre este concepto, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, cit., págs. 244-245. La Comisión Europea en sus “Comentarios referentes a ciertos artículos del Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002... (Reglamento NIC), de noviembre de 2003, interpreta el concepto “sociedades” de los arts. 4 y 5 de aquel Reglamento (aplicable a las NIC) remitiendo al art. 48.2 TCE: “Por “sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o Mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho Público o Privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”, con la salvedad de que el Reglamento NIC se dirige solamente a las sociedades de la UE. No excluye en cambio a las personas jurídicas de Derecho Público (que quedarían sometidas a un Derecho contable de carácter general, y no solamente jurídico-privado o mercantil, que habría de informar también la contabilidad pública. Pero no está claro que a estos Comentarios se les pueda atribuir este alcance. En otros puntos son muy ineficaces, en especial en el reconocimiento de la aplicación directa del Reglamento NIC (y del Reglamento de ejecución del mismo por la Comisión), que prevalece sobre las Directivas (apartado 3.1; lo que debe recordarse en relación con la omisión en el art. 1º de la Séptima Directiva, modificada, de la noción de “presunciones”).

⁴⁰ A título de ejemplo, de la dificultad actual para dilucidar si deben presentarse cuentas consolidadas de grupos cooperativos –en relación con la nota anterior- da idea la confusa respuesta del ICAC a la Consulta número 2 del BOICAC número 52/diciembre 2002; y su inadmisibles respuesta del ICAC a la Consulta número 1 del BOICAC número 6/julio de 1991, imponiendo el deber de consolidar a personas físicas, apoyándose en la noción amplia de “empresa” del Plan General de Contabilidad, aprobado por un Real Decreto, que no puede contradecir al art. 42 Cdeco en su anterior redacción (“sociedad mercantil”) y en la actual (“sociedad dominante”, o “entidad”).

caracteriza por la existencia de una “*unidad de decisión*” (concepto de ascendiente alemán: “*einheitliche Leitung*”). La unidad de decisión se presume que existe cuando concurren las circunstancias que –en la nueva redacción y en la anterior– enumera el art. 42, apartado 1 Cdeco: que la sociedad o entidad posea por sí o mediante acuerdos con otros socios la mayoría de votos en la sociedad participada, o que haya designado a la mayoría de los administradores. El apartado 2 del art. 42 Cdeco añade que “se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo *dirección única*” (cuyo significado es distinto al de “unidad de decisión”, ya que se refiere sólo a la *administración y dirección*, pero es una manifestación presuntiva de la misma). “En particular –añade–, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta” (aunque la sociedad dominante no participe en el capital social de la dominada). Este es el denominado “*interlocked directorate*”, que el art. 2, apartado 2 de la Séptima Directiva, añadido por la Directiva 2003/51/CE, ha añadido, con carácter facultativo para los Estados miembros. La formulación del supuesto en la Directiva es mucho más amplio: “*cuando dicha empresa (empresa matriz) y otra empresa (empresa filial) se hallen bajo la dirección única de la empresa matriz*”. Esta redacción suprime la exigencia de que la sociedad dominante tuviera un veinte por 100 del capital social o votos de la dominada (es decir, que la dirección única se produjera con una “sociedad asociada”). Dado el carácter facultativo de la norma para los Estados es posible que el principio de autonomía institucional de las legislaciones estatales justifique una formulación tan estricta como la del art. 42.2 Cdeco. que permite hacer reajustes en la composición de los órganos de administración para evitar la consolidación, haciendo, por ejemplo, que la mayoría de los miembros del consejo de administración no estén en la dominada, sino en la dominante (aunque la unidad de decisión podría probarse por otros medios).

54. El art. 2.2 de la Séptima Directiva en la nueva redacción añade, con el mismo carácter facultativo para los Estados miembros, el supuesto de que “*la empresa matriz pueda ejercer o ejerza efectivamente una influencia dominante o un control sobre otra empresa (empresa filial)*”. La Ley 62/2003 ha ejercido esta opción elevando esta noción de “influencia dominante”, traducida a la expresión más germanizante de “unidad de decisión” a clave de bóveda del precepto, omitiendo en cambio el apartado c) del art. 1 de la Directiva, de que la empresa matriz “*tiene derecho de ejercer una influencia*

dominante sobre una empresa (empresa filial) de la que es accionista o asociada, en virtud de un contrato celebrado con ella o en virtud de una cláusula estatutaria de tal empresa... los Estados miembros podrán no prescribir que la empresamatriz sea accionista o asociada de la empresa filial. Los Estados miembros cuyo derecho no prevea tal contrato o tal cláusula estatutaria no estarán obligados a aplicar esta disposición". El legislador español con ello parece interpretar que nuestra legislación no admite un contrato o una cláusula estatutaria de la sociedad dominada que legitime la "influencia dominante" (contrato de constitución de grupo de sociedades o contrato de dominación).

55. Todos estos supuestos parecen referirse a grupos de sociedades de subordinación, sea interna (con participación en el capital social) o externa (sin dicha participación). Pero el deber de consolidar parece que se extiende también a los *grupos horizontales o de coordinación*, sobre todo cuando contempla que existan *varias sociedades dominantes* y exige que consolide la que tenga mayor activo (art. 42.1, párrafo primero). Se trata seguramente del supuesto de *control conjunto*, que se da en las "joint ventures" en forma de filiales comunes. Por otro lado, *voluntariamente* puede formular cuentas consolidadas toda persona, física o jurídica "Lo dispuesto en la presente Sección será de aplicación a los casos en que voluntariamente cualquier persona física o jurídica dominante formule y publique cuentas consolidadas...". En el caso de una persona física que no esté obligada a formular cuentas anuales en rigor la consolidación se producirá entre las sociedades que controle.
56. Siguiendo en el capítulo de oscuridades, el nuevo art. 42 Cdeco introduce el concepto de presunciones, que no figuraba en su texto anterior, seguramente porque no podía introducirse en su sistema, consistente en la enumeración de supuestos legales en los que era obligatoria la consolidación; y el art. 4 LMV cuando remitía (y remite) en su apartado 2, a aquellos supuestos lo hace con el carácter de presunción *juris et de jure*: "se presumirá que existe *en todo caso* unidad de decisión...". Por el contrario, la NIC 27 parece partir de la idea de que siempre se trata de presunciones *juris tantum* de *control* (en el sentido de "unidad de decisión") que admiten prueba en contrario, cuando en relación con *la más importante de ellas, la mayoría de votos*, establece: "Control is presumed to exist when the parent owns, directly or indirectly through subsidiaries, more than half of the voting power of an entity *unless, in exceptional circumstances, it can be clearly demonstrated that such ownership not constitute control*. Control also exists when the parent owns half or less of the voting power of an entity when there is: ..." (apartado 13,

cursiva añadida). La Directiva 2003/51/CEE del Parlamento Europea y del consejo de 18 de junio de 2003 al modificar el art. 1 de la Séptima Directiva *no ha incorporado el término ni el concepto de presunciones*, a pesar de que casi coetáneamente el Reglamento (CE) N° 1725/2003, de la Comisión, de 29 de septiembre de 2003, en aplicación del Reglamento (CE) N° 1606/2002 del Parlamento Europea y del consejo (Reglamento NIC), incorpora a nuestro ordenamiento comunitario la NIC 27 con el texto que hemos transcrito, que no ha sido modificado en la NIC 27 (2005). Ello constituye una grave incongruencia de la Directiva 2003/51/CE. Milagrosamente –porque a la vista de las críticas que venimos exponiendo no puede decirse otra cosa– el art. 42 Cdeco en su nueva redacción incorpora claramente la noción de que los supuestos que enumera son presunciones de la unidad de decisión”. Y como no establece que se trate de presunciones *juris et de jure* (por ejemplo, con la expresión “en todo caso” del art. 4 LMV), hemos de interpretar que admiten prueba en contrario, según establece el art. 385, apartado 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (BOE del 8) de Enjuiciamiento Civil: “*Las presunciones establecidas por la ley admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba*”⁴¹.

57. En el *capítulo de graves errores* de la reforma introducida por el art. 107 de la Ley 62/2003 deben mencionarse, en primer lugar, la supresión de todo el apartado 2 del art. 43 Cdeco, que enumera una serie de supuestos que facultan a no consolidar. El error es gravísimo y deberá ser enmendado antes del 1 de enero de 2005 por un legislador más diligente. La Directiva 2003/51/CE *sólo ha suprimido el art. 14 de la Séptima Directiva*, que se limitaba a las “sociedades que tengan actividades tan diferentes que su inclusión resulte contraria a la obtención de la finalidad propia de las cuentas consolidadas...” (art. 43.2.e), dejando subsistentes las del artículo 13 de la Directiva (exclusión de empresa de interés poco significativo, o si en relación con ella existen restricciones severas al ejercicio de los derechos de la dominante, o necesidad de gastos desproporcionados o demora injustificada para reunir la información, o que las acciones o participaciones se posean para su cesión posterior). El supuesto de la diversidad de actividades desaparece para seguir la NIC 27, que explica que no debe impedir la consolidación, porque ésta permite ofrecer datos nuevos. El segundo error de la Ley 62/2003 es que su disposición final duodécima, en su apartado 2 establece que “La modificación introducida en

⁴¹ Esta norma sustituye al art. 1253 del Código civil, derogado por la disposición derogatoria única de la LEC 1/2000, apartado 2, 1º.

los artículos 42, 48 y 49 del Código de comercio se aplicará a las cuentas anuales consolidadas correspondientes a los ejercicios que se inicien a partir del 1 de enero de 2005". La omisión del art. 43 (en concreto, el art. 43.2) podría inducir a interpretar que en las cuentas anuales consolidadas del ejercicio 2004 ya deben incluirse las sociedades del grupo con actividades diferentes, lo que produciría un trastorno innecesario, por sus implicaciones contables, fiscales y de otros tipos. Una interpretación de conformidad con la Directiva y sistemática nos lleva a concluir que el art. 43 se incluye en la excepción de la disposición final duodécima de la Ley 62/2003 a su entrada general en vigor el pasado 1 de enero de 2004 (disposición final decimonovena, 1).

6. LA AUDITORÍA DE CUENTAS EN EL NUEVO SISTEMA CONTABLE

58. La auditoría de cuentas forma parte inescindible del *sistema contable*. El Derecho contable será eficaz si la auditoría lo es. Casos recientes como *Enron*, *Gescartera* y *Parmalat*, entre otros, lo demuestran. Se ha llegado a calificar de "enronitis" la corriente de temor extendida entre los inversores a ser engañados por un sistema de contabilidad e información financiera falso (de "contabilidad creativa"), manipulado impunemente por operadores desleales –administradores, auditores de cuentas, analistas financieros, bancos de negocios, etc.-.
59. La *Securities and Exchange Commission* en su *Concepts Release* sobre las NIC (2000) criticaba al IASB porque sólo aporta un "modelo contable", pero no un "sistema contable", ya que carece de instituciones como los auditores de cuentas y el sistema de sanciones. La SEC tenía razón, pero la crisis norteamericana también ha demostrado la debilidad de su "sistema contable". Aun suponiendo que la legislación en curso (la *Sarbanes/Oxley Act* de 30 de julio de 2002 y las normas que la han desarrollado) sea capaz de devolver la confianza, los expertos *echan en falta un mayor rigor en el modelo contable, integrado por los GAAP*, que allí también es resultado de la autorregulación a cargo del FASB⁴².
60. La complejidad de la contabilidad como técnica sofisticada, sobre todo en las grandes empresas, y más aún en los activos financieros –sobre todo, en los derivados- acompañada del secreto contable, aconseja, hoy, más que nunca,

⁴² Ver GONZALO ANGULO, José Antonio, "Las líneas básicas de la Reforma contable", *Partida Doble*, nº 136, septiembre de 2002, págs. 10 y ss.

un control preventivo, extrajudicial, profesional, independiente y confidencial, de la *veracidad* («fiabilidad», en el Reglamento de la Ley de Auditoría y las Normas sobre Auditoría del ICAC) y de la *corrección* de las cuentas anuales. Ello exige examinar con sentido crítico la correspondencia de las cuentas anuales con toda la *contabilidad* (registros contables) y sus *justificantes* y la de éstos con los *hechos económicos contabilizables* (ver STS de 10 de diciembre de 1998, caso *Gremi d' Herbolaris*).⁴³

61. El genio inglés creó *la fórmula de la auditoría legal, aparentemente genial*: la Ley somete a las empresas a un control contable exterior, pero a cargo de *expertos independientes*, si bien *nombrados por la sociedad auditada* y no por los poderes públicos, frente a los cuales existía y existe un recelo de raíces históricas. Pero el “análisis económico” de esta relación contractual hace dudar de la independencia del auditor, puesto que existe la ley social insoslayable de que “quien paga, manda”. Es más, la definición legal de la auditoría de cuentas tiende a reducirla a su dimensión contractual, cuando el mercado financiero, de hecho, la ha transformado en una *actividad privada de relevancia pública*, y los poderes públicos la han transformado en “*auditoría legal*” (como la denomina la Comisión Europea). Precisamente por ello los auditores de cuentas disfrutaban de gran predicamento y se espera de ellos una seguridad que sólo ellos pueden aportar, aunque en ocasiones se afirme que existe un “gap de expectativas” en relación con los resultados efectivos⁴⁴.
62. Sin embargo, *en los últimos tiempos se ha producido una marcada captación del regulador –los auditores de cuentas– por el regulado –las sociedades auditadas–*. Los auditores se han convertido en *servidores de las empresas que auditan, consideradas sus clientes*, para asegurarse la renovación de su

⁴³ En la doctrina española sobre el tema debemos destacar: BERCOVITZ, A., «La auditoría en la legislación mercantil española hasta 1982», RDM., 1982, págs. 443 y ss.; BROSETA, M., «Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas y sobre la «verificación» contable en el Código de comercio», en «Estudios Uría», págs. 59 y ss.; ILLESCAS ORTIZ, R., «Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales», en URÍA/MENENDEZ/OLIVENCIA, «Comentario al régimen legal de las Sociedades mercantiles», tomo VIII, vol. 2.º, Ed. Civitas, Madrid 1993; ARANA GONDRA, J., «La Ley de auditoría de cuentas», en SANCHEZ CALERO, (dir.) «Comentarios a la legislación mercantil», EDESA, Madrid, 1995, págs. 313 y ss.; FERNANDEZ PEÑA, E., «Diccionario de auditoría», Ed. SEMSA, Madrid 1989, con prólogo de R. BOLUFER NIETO; y, sobre todo, PETIT LAVALL, M.ª Victoria: «Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales», Madrid, ICAC 1994; VÁZQUEZ CUETO, J.C., *Las cuentas y la documentación contable en la sociedad anónima*, cit., págs. 135 y ss..

⁴⁴ Ver PETIT LAVALL, M.V., *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, ICAC, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid 1994, págs. 43 y ss. Con remotos antecedentes en la auditoría del Ayuntamiento de Londres, 1299, y de la Corona, 1324, desde la *Joint Stock Companies Act* de 1844 hasta la *Companies Act* de 1900 se va consolidando la institución de la auditoría de cuentas por expertos independientes y obligatoria y la *Companies Act* de 16 de noviembre de 1989 en su Parte II transpone la Octava Directiva.

- contrato y el progresivo incremento de su retribución global, por servicios de auditoría y de asesoramiento jurídico. *Han perdido su independencia, han rebajado la calidad de su trabajo y las auditorías son a veces poco fiables. Se impone la necesidad de un control de calidad de las auditorías*, sea a cargo de una revisión tutelada –como del ICAC en España, ahora reformado por las Leyes 44/2002 y 62/2003–, sea mediante la revisión de auditor a auditor⁴⁵.
63. El caso *Enron* en los EEUU ha demostrado la necesidad de someter a las firmas de auditoría a organismos de control o supervisión. *Arthur Andersen*, a pesar de las dudas que tuvo sobre si continuaba prestando servicios a *Enron*, siguió dando su visto bueno a las falsas cuentas trimestrales y anuales de *Enron* en sus operaciones con las *partnerships* instrumentales⁴⁶. El engaño causado a los inversores no fue debido a falta de competencia técnica, sino a la debilidad humana⁴⁷. Ningún órgano supervisor independiente pudo intervenir para valorar su decisión. Por otro lado, entre *Arthur Andersen* y sus clientes existía a veces un prolongado matrimonio⁴⁸. Esta situación se reproduce en España: cada empresa tiene a su auditor como si fuese su abogado o su confesor, *per saecula saeculorum*. Se ha comprobado que algunas tienen la misma firma auditora desde hace trece o catorce años –como *Deloitte & Touche*, al absorber los clientes de *Arthur Andersen*. La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de *Medidas de reforma del sistema financiero* (BOE del 23) sólo cambiado formalmente esta lamentable situación. Tanto la futura legislación comunitaria como, en todo caso, las nuevas Cortes Generales españolas, deberán reinstaurar la regla de la rotación obligatoria, que no debió suprimirse de la LSA de 1989.
64. Entre las diversas reformas propuestas en en los EEUU tras el caso *Enron* figuraban: a) crear una entidad que se encargaría de auditar a todas las sociedades cotizadas; b) crear un Consejo de supervisión independiente; y c) fijar un plazo legal límite en que una *firma de auditoría* pueda auditar a una misma sociedad, ya que de este modo sabrá su trabajo será sometido al

⁴⁵Ver *Recomendación de la Comisión de 15 de noviembre de 2000 sobre el control de la calidad de la auditoría legal en la Unión Europea: requisitos mínimos*, Punto 2: Metodología, DOCE, L 91/91, de 31.3.2001

⁴⁶En la forma que explica el *Report of Investigation by the Special Investigative Committee of the Board of Directors of Enron Corp.*, presidido por William C. Powers, Jr., Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas e integrado además, por R.S. Troubh y H.S. Wonokur, 2002; ver en especial, *Executive Summary and Conclusions*, 14-17 y VIII, págs. 178-200.

⁴⁷ Los 52 millones de dólares de facturación de *Arthur Andersen* a *Enron* del 2000 (27 en asesoramiento jurídico y 25 en auditoría) podían llegar pronto a los 100 millones.

⁴⁸ Llevaba auditando a *Delta Airlines*, 53 años, a la institución financiera *Freddie Mac*, 32, y a la farmacéutica *Merk*, 30.

juicio de la firma de auditoría que la suceda (como el célebre y sabiamente regulado “Juicio de Residencia” a los Gobernadores en el Derecho de Indias español).

65. Hace cuatro años, Arthur Levitt, Presidente entonces de la SEC, fracasó en su intento de separar auditoría y consultoría. Después de *Enron* el *American Institute for Certified Public Accountants (AIPCP)* declaró que *no se opondrá* a una limitación de esta “*multidisciplinary practice*”. El art. 201 de la *Sarbanes/Oxley Act* de 30 de julio de 2002 ha formulado una lista bastante extensa de actividades prohibidas a los auditores, para garantizar su independencia. Pero su art. 203 ha fracasado en la imposición de la rotación obligatoria, limitada a los equipos de auditores, con lo cual se perpetúa el “matrimonio” entre la firma de auditoría y la entidad auditada y el monopolio de las Cuatro Grandes. Lo mismo ocurre con la reforma introducida por la Ley 44/2002 en España, que sólo exige la rotación del director del equipo de auditoría.
66. Harvey Pitt, Presidente de la SEC desde agosto de 2001, en su comparecencia ante el Comité de Servicios Financieros del Congreso de los EEUU en la segunda semana de febrero de 2002, propuso introducir *nueve reformas*: sistema de información al momento y no trimestral; información sobre tendencias significativas y datos evolutivos; declaraciones financieras claras e informativas para los inversores y empleados; pormenorizada identificación y valoración por las compañías y sus auditores de principios críticos contables; patrones contables que respondan de un modo rápido, conciso y claro a las necesidades del momento y del inmediato futuro y que reflejen las realidades del negocio; un sistema efectivo y transparente de regulación privada del sector de las auditorías, bajo un Consejo con mayoría ajena a la profesión de los auditores, sujeto al control de la SEC; un sistema que garantice que los auditores se mueven por el interés público y no estén sometidos a conflictos de intereses; mayor protección de los inversores mediante comités de auditoría; y recomendaciones de los analistas basadas en datos financieros que ellos han descifrado e interpretado⁴⁹.
67. La Unión Europea desea mejorar la calidad de la *auditoría legal* de las cuentas anuales –partiendo del hecho de que en su día impuso su obligatoriedad, mediante la Octava Directiva-, con una serie de iniciativas que *deberían desembocar en una regulación comunitaria de la independencia, cali-*

⁴⁹Ver prensa de los primeros días de febrero de 2002 y, en concreto, *El País*, domingo, 10.2.2002, pág. 16/Negocios.

- dad del trabajo y responsabilidad de los auditores de cuentas.* Máxime después del *caso Enron*, que motivó la regulación de los EEUU, y la *histórica Sentencia* del TJCE de 19 de febrero de 2002, asunto *de Wouters*⁵⁰.
68. De acuerdo con el art. 123 de la Constitución de los Países Bajos, la Ley de 23 de junio de 1952 (*Advocatenwet*) creó el *Colegio de Abogados de los Países Bajos* y reguló su régimen interno y disciplinario para abogados y procuradores. Su artículo 28 faculta a la Junta de Delegados del Colegio a “adoptar reglamentos en aras de un correcto ejercicio de la profesión”. Aquella Junta adoptó el *Samenwerkingsverordening* 1993 (Reglamento de 1993 sobre colaboración o práctica multidisciplinar), cuyo artículo 4 prohíbe a los abogados, incluso a los procedentes de otros países, asociarse con auditores de cuentas y bajo la marca de una firma de auditoría, aunque mantiene en vigor las autorizaciones dadas para colaborar con notarios, asesores fiscales y agentes de propiedad industrial. El Abogado *De Wouters*, del Colegio de Amsterdam, fue nombrado en 1991 socio de la sociedad “*Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs*” (asesores fiscales) y cuando en 1994 pretendió inscribirse en el Colegio de dicha ciudad con la denominación “*Arthur Andersen & Co., advocaten en belastingadviseurs*” el Colegio lo rechazó. En 1995 el Sr. *Savelbergh*, abogado del mismo Colegio, solicitó autorización para asociarse con *Price Waterhouse Belastingadviseurs BV*, filial de la empresa internacional *Price Waterhouse*, que también fue denegada. Ambos Abogados y sus sociedades recurrieron judicialmente y el *Raad van State* el 10 de agosto de 1999 planteó varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
69. La STJC de 19 de febrero de 2002, *de Wouters*, examina el problema planteado con amplia perspectiva. Reconoce que, para el Derecho de la competencia (arts. 81 y 82 TCE), los abogados (al igual que los agentes de aduanas: Sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, Rec. p. I-3851, apartado 36; y que los médicos: Sentencia de 12 de septiembre de 2000, asunto *Pavlov* y otros, Rec. pág. I-6451, apartado 77) son *empresas*, y que sus Colegios

⁵⁰ En especial, el *Libro Verde sobre la Función, Posición y Responsabilidad Civil del Auditor Legal en la Unión Europea* (24 julio 1996); la *Comunicación de la Comisión Europea sobre la auditoría legal en la Unión Europea* (de 7 de mayo de 1998), la *Recomendación de la Comisión sobre el control de calidad de la auditoría legal en la Unión Europea: requisitos mínimos*, de 15 de noviembre de 2000 (DOCE L 91/91, de 31.3.2000); la *Consulta de la Comisión sobre la independencia de los Auditores en la Unión Europea: una propuesta de principios fundamentales*, de 15 de diciembre de 2000, y el extenso *Estudio sobre los sistemas de responsabilidad civil de los auditores legales*, realizado por encargo de la Comisión, de 15 de enero de 2001 (PDF file, 378 KB), y, por último, la *Recomendación de la Comisión sobre Independencia de los auditores de cuentas*, de 16 de mayo de 2002 (DOCE L 191/22, de 19.7.2002).

Profesionales, aunque sean calificados como Corporaciones de Derecho público, son *asociaciones de empresas cuando regulan la actividad económica de sus colegiados* (Sentencias de 30 de enero de 1985, asunto *Clair*, Rec. p. 391, apartado 17 y de 18 de junio de 1998, asunto *Comisión/Italia*, o *Agentes de Aduanas*, Rec. I-3851, apartado 40).

70. La Sentencia *define las esenciales diferencias que existen entre la abogacía y la auditoría como actividades económicas*. Reconoce que la Comisión Europea permitió la fusión entre Price Waterhouse y Coopers & Lybrand (dando como resultado PwC), en su Decisión 1999/152/CE, de 20 de mayo de 1998 (DO 1999, L 50, p. 27), aplicando el Reglamento 4064/89, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas, al no ver peligro de excesiva concentración de las empresas auditoras. Pero la sentencia añade: *“En cambio, la prohibición de los conflictos de intereses a la que están sujetos los abogados en todos los Estados miembros puede constituir un límite estructural a una concentración considerable de los bufetes de abogados y, como consecuencia de ello, reducir sus posibilidades de beneficiarse de las economías de escala o de colaborar estructuralmente con los miembros de profesiones con un alto nivel de concentración...”* (apartados 91, 92 y 93).
71. Por fin, la Sentencia *de Wouters* declara, en su núcleo esencial, que la prohibición del Colegio de Abogados de los Países Bajos no es contraria a la libre competencia ni a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en la Unión Europea, puesto que *se justifica en los deberes específicos de los abogados*, que son: defender al cliente con total independencia y en interés exclusivo de éste, evitar todo riesgo de conflicto de intereses y respetar un secreto profesional estricto, que *“exigen que se encuentre en una situación de independencia frente a los poderes públicos, a otros operadores y a terceros”*; mientras que el auditor de cuentas, en los Países Bajos, *“examina y controla de forma objetiva la contabilidad de sus clientes, de manera que puede dar a conocer a terceros su opinión personal sobre la fiabilidad de estos datos contables. Por consiguiente, en el Estado miembro considerado, no está sujeto a un secreto profesional comparable al del abogado, contrariamente a lo que prevé, por ejemplo, el Derecho alemán”* (apartados 100, 102, 104, 109 y 122).
72. La Sentencia *de Wouters* reveló la perplejidad de los legisladores ante una cuestión tan importante para la organización de la economía como es la regulación de la abogacía y la auditoría de cuentas, y la distinta fuerza que los *grupos de presión profesionales* tienen en los respectivos Estados. Hicieron

observaciones escritas los Gobiernos de los Países Bajos, Dinamarca, Alemania, Francia, Austria, Portugal, Suecia, Liechtenstein, además de la Comisión Europea; *pero, sorprendentemente, no las hizo el Gobierno español*. Aunque la Sentencia reconoce que en cada Estado miembro el problema puede regularse de modo distinto, los Colegios de Abogados aprovecharán su doctrina, aunque los legisladores siguieran mirando hacia otro lado, lo que parece improbable.

73. La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE del 23), a pesar de que *no dedica ni una sola palabra en su Exposición de Motivos a la auditoría de cuentas*, introduce una *importante reforma de la misma* en sus artículos 47 a 53 (modificaciones en las Leyes 24/1988 de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores, y 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas); en sus disposiciones adicionales novena, décima, undécima (modificaciones en las normas relativas a valoración de acciones y participaciones: arts. 64.1 68.3, 147.2 y 159 LSA, 29.2.d), 100 LSL y 8 de la Ley 4/1997 de sociedades laborales) y adicional decimocuarta (obligación de comunicar al ICAC y de publicar en la memoria de las cuentas anuales los honorarios facturados a cada cliente, distinguiendo auditoría y otros servicios y a cualquier sociedad del grupo de sociedades a que pertenezca el auditor o con las que esté vinculado por propiedad común, gestión o control).
74. La disposición adicional decimoctava de la Ley 24/1988, introducida por la Ley 44/2002, impone obligatoriamente en las sociedades cotizadas el *Comité de Auditoría*. El art. 98, Tres, de la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modifica aquella disposición y exige que *todas las entidades emisoras de valores cotizados* constituyan un *Comité de Auditoría*, cuyas funciones en las Cajas de ahorros podrá asumir la Comisión de Control. La norma es importante para edificar un *“sistema contable”*, que *empiece por los mismos cimientos, por el Buen Gobierno de las Sociedades*. El Comité de Auditoría *ha de tener mayoría de consejeros no ejecutivos* nombrados por el Consejo de Administración y un Presidente que será uno de aquellos, con competencias supervisoras internas, de propuesta de nombramiento de los auditores y de relación permanente con éstos.
75. La norma es insuficiente porque no menciona siquiera a los *“consejeros independientes”*, así que puede cumplirse integrando el *Comité de Auditoría* con mayoría de consejeros representantes de la mayoría del capital social (que, hoy, en todas estas sociedades, es una *“minoría de control”*, valga la paradoja). Con esta norma el *“free float”*, el capital disperso de los pequeños accionistas, seguirá sin representación en el Consejo de Administración, contra las

Recomendaciones del Código Olivencia sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. Pero exigir que fueran “consejeros independientes” tampoco habría resuelto la cuestión, ya que algunas encuestas demuestran que un 65 % de los calificados como “consejeros independientes” son nombrados a propuesta del Presidente del Consejo o de los accionistas de referencia es decir, por la mayoría (que a veces es minoría) de control⁵¹. Por otro lado, no existen *inversores institucionales* fuertes como en los Estados Unidos y el Reino Unido, puesto que las sociedades gestoras de los Fondos de Pensiones y de los Fondos de Inversiones son filiales de los bancos. Se trata tan sólo de un paso más hacia la institucionalización de un “sistema contable”.

7. CONCEPTO Y CLASES DE AUDITORÍAS

76. Según el artículo de la Ley 19/88 (LAC) “*se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquella tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros*”. Dicha actividad puede realizarse: como actividad profesional, junto con otros servicios; por diversos profesionales titulados (agrupados en sus correspondientes Colegios, fundamentalmente Colegios de Economistas y de Titulares Mercantiles e Instituto de Censores Jurados de Cuentas); o esporádicamente (que no será lo normal).
77. La STS de 10 de diciembre de 1998 (R. 9883) en *impugnación de acuerdos por varios Gremios* (de herbolarios, panaderos, detallistas y drogueros) contra la Asamblea General del *Consell de Gremis de Comerç i Serveis de Barcelona* y para que se proceda a la verificación de las cuentas del Consell, define la auditoría de cuentas como “... *la actividad que, mediante la utilización de determinadas técnicas de revisión, tiene por objeto la emisión de un informe acerca de la fiabilidad de los documentos contables auditados; no limitándose, pues, a la mera comprobación de que los saldos que figuran en sus anotaciones contables concuerdan con los ofrecidos en el balance y en la cuenta de resultados, ya que las técnicas de revisión y verificación aplicadas permiten, con un alto grado de certeza y sin la necesidad de rehacer el proceso contable en su totalidad, dar una opinión responsable sobre la contabilidad en su conjunto y, además, sobre otras circunstancias*”

⁵¹ En el Sexto Estudio de *Spencer Stuart* sobre el gobierno corporativo en las Empresas españolas (diario *Expansión*, viernes 29 noviembre 2002, pág. 4).

que, afectando a la vida de la empresa, no estuvieran recogidas en dicho proceso. La auditoría de cuentas es, por lo tanto, un servicio que se presta a la empresa revisada y que afecta e interesa no sólo a la propia empresa, sino también a terceros que mantengan relaciones con la misma, habida cuenta que todos ellos, empresa y terceros, pueden conocer la calidad de la información económico-contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas...”

78. Cabe distinguir entre *auditoría de cuentas anuales* y *auditorías especiales* (o, en terminología del RAC, «trabajos de revisión y verificación de otros estados o documentos contables»), contempladas en la Ley de sociedades anónima: 1) en determinadas *operaciones sociales* (algunos supuestos de aumento y reducción de capital social, emisión de obligaciones convertibles, acuerdo de supresión del derecho de suscripción preferente) y 2) en ciertos *conflictos en la valoración de las acciones* (restricciones estatutarias a transmisibilidad de acciones, usufructo de acciones, ejercicio del derecho de separación del accionista, y exclusión del derecho de suscripción preferente en la Sociedad Anónima: arts. 64.1, 2º, 68 y 147.2, y 159 de la LSA y 100 de la LSRL). También puede incluirse la auditoría de cuentas acordada por el Juez a petición de legítimos interesados (art. 40 Cdeco.).
79. La auditoría de las cuentas anuales es un trabajo largo y complejo, que debe seguir rigurosos procedimientos, al igual que otros profesionales (Reglamento notarial, protocolos de los médicos, etc.). Se desarrolla preceptivamente en *cinco etapas*: 1ª) *Obtención de información*. 2ª) *Planificación del trabajo de auditoría*. 3ª) *Revisión de los sistemas de control de la empresa auditada*, aunque sólo para asegurarse de la fiabilidad de los documentos que emite, puesto que se trata de auditoría de cuentas y no de la gestión⁵². 4ª) *Obtención de “evidencia”*, o diversidad de pruebas (examen de memoria de ordenador, de documentos, entrevistas, circularización a los acreedores y deudores, pruebas estadísticas de existencias en almacén, etc.), para la convicción del auditor, que es uno de los fundamentos de la auditoría. 5ª) *Revisión de las cuentas anuales*, a la vista de los resultados del trabajo anterior. Todo ello se plasma en los “*papeles de auditoría*” que sirven de base para la emisión del informe de auditoría. Una omisión en el

⁵² Como observa PETIT LAVALL, *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas*, cit., pág. 374, a diferencia del Derecho alemán y del art. 44 de la Ley de cooperativas valenciana, el auditor no está obligado a informar sobre posibles defectos en la organización y control internos de la sociedad auditada en su informe de auditoría, a fin de mejorar dichos sistemas. Del mismo modo en Derecho de Cooperativas francés la “révision coopérative” incluía un pronunciamiento sobre el respeto a la aplicación de los principios cooperativos

procedimiento constituye en sí misma una grave negligencia. El sistema contable –desde el registro a la auditoría– se basa en el respeto a los procedimientos⁵³.

80. El informe de auditoría es calificado por la LAC como *documento mercantil*. El legislador ha excluido conscientemente la calificación de “documento profesional” que los profesionales de la auditoría exigían en las enmiendas parlamentarias inspiradas por ellos. La *falsedad* que el auditor pueda cometer en el informe tendrá la pena del art. 392 C.P.: seis meses a tres años y multa de seis a doce meses; sin perjuicio de que el auditor pueda incurrir en otras responsabilidades penales, en especial como cómplice o encubridor de delitos cometidos por los administradores. El fundamento remoto de esta calificación en la que dió el Profesor URÍA al informe de los accionistas censores de cuentas en la LSA de 1951, que eran auditores de cuentas⁵⁴.
81. La citada STS de 10 de diciembre de 1998, *Gremi d' Herbolaris* (R. 9883), con su peculiar estilo, declara que el informe de auditoría debe reunir las cualidades siguientes: “...*Transparencia*, esto es, para que a través de esta cualidad ínsita en el informe se vea y se conozca, por no existir ningún obstáculo imperativo, cuál es esa realidad económica empresarial. *Fiabilidad* es un instrumento medial, esto es, que dicho informe por haber sido verificado por un profesional que goza de las correspondientes pericias, saberes o conocimientos, emite algo que “per se “cuenta con una general credibilidad, análoga a una especie de fe pública contable-económica. *Fidelidad*, que dicho informe es exacto y seguro, porque los datos y conclusiones a que se contrae, responden a una verdad, esto es, que si el informe dice que el resultado económico de la empresa es “uno determinado”, se corresponda realmente o adecue en exactitud, a lo que se recoge en el mundo instrumental de los elementos que integran el activo de la empresa, porque sean ciertamente los allí indicados...”.
82. El *contenido mínimo del informe de auditoría* viene establecido por los artículos 209 LSA, 2 LAC, 4 y 5 RAC, desarrollados por las NTA del ICAC sobre informes. El artículo 209 LSA, en relación con el art. 208, establece el contenido que debe tener *imperativamente*:

⁵³ PETIT LAVALL, M.V., *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, cit., págs. 317 y ss. (Derecho comprado) y 347 y ss. (Derecho español); y VÁZQUEZ CUETO, ob., cit., págs. 177-180.

⁵⁴ URÍA, R., *Responsabilidad de los auditores de cuentas*. Dictamen encargado por el Instituto de Censores Jurados de Cuentas, 2ª ed., Gráficas Onofre Alonso, Madrid, 1974, págs. 23 y 24; como observa PETIT LAVALL, *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, cit., pág. 380.

“1. Los auditores redactarán un informe detallado sobre el resultado de su actuación, conforme a la legislación sobre auditoría de cuentas, que contendrá, al menos, las menciones siguientes:

a) Las observaciones sobre las eventuales infracciones de las normas legales o estatutarias que hubieran comprobado en la contabilidad, en las cuentas anuales o en el informe de gestión de la sociedad.

b) Las observaciones sobre cualquier hecho que hubieren comprobado, cuando éste suponga un riesgo para la situación financiera de la sociedad.

2. Cuando no tengan que formular ninguna reserva como consecuencia de la comprobación realizada, lo expresarán así en el informe de auditoría declarando que las cuentas y el informe de gestión responden a las exigencias mencionadas en el apartado anterior. En caso contrario, incluirán reservas en el informe”.

83. La norma transcrita es de la mayor importancia: 1º) porque establece el *contenido mínimo del informe*, referido a dos temas, la legalidad de las cuentas y que no existe ningún hecho que suponga “un riesgo para la situación financiera de la sociedad”, o lo que podríamos denominar “insolvencia inminente” en terminología concursal (de la Ley alemana de insolvencia de 1994 y del Anteproyecto de Ley concursal español de 7.9.2001); y 2º) *porque impide que los auditores puedan incurrir en reticencia*, sin contraer responsabilidad: si tienen reservas o “salvedades”, las tienen que consignar en el informe. De lo contrario, es que las conocen y las ocultan, a efectos de responsabilidad civil y penal. Nada, ni en el contrato de auditoría, ni en la redacción característica del informe de auditoría, puede librarles de estos deberes y responsabilidades. Recientes estudios han destacado la importancia sistemática de esta norma en el Derecho contable, de sociedades y concursal y la existencia de modelos teóricos que permiten al auditor aplicarla de manera razonable⁵⁵. Pero también han demostrado, examinando las suspensiones de pagos inscritas en 1996 en los Registros Mercantiles de Madrid y de Barcelona, que esta obligación del auditor en general no se cumplía, omitiendo hacer esta advertencia en casos en los que el riesgo de

⁵⁵ FERNANDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un Derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial (art. 209.1.b) LSA*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, en especial, págs. 79 y ss. Esta convicción sirve para mitigar el temor de que el “toque de atención” pueda convertirse en un “toque de difuntos” para la empresa auditada, que pueda dificultar más su saneamiento (que expresó ya el profesor GALAN CORONA, E., *La verificación de las cuentas anuales*, en ROJO (dir.), *La reforma de la Ley de sociedades anónimas*, Madrid, Civitas, 1987, pág. 335.

- crisis financiera debía de ser ya evidente, puesto que la suspensión de pagos se produjo de forma inmediata⁵⁶.
84. El informe de auditoría según las *Normas Técnicas de Auditoría* debe contener uno de los cuatro tipos de opinión: 1ª) Opinión favorable o “*informe limpio*” (NTA 3.6.2); 2ª) Opinión *con salvedades*, que menciona circunstancias significativas, pero que no impiden que las cuentas muestren la imagen fiel y que el auditor se forme una opinión sobre las cuentas; 3ª) Opinión *desfavorable o con reservas* porque las cuentas no muestran la imagen fiel, por errores que afectan a las cuentas de manera significativa, y 4ª) denegación de opinión. Si, por ejemplo, las cuentas e informe de gestión consolidados no incluyen todas las sociedades del grupo en cumplimiento del art. 42 Cdeco, parece que el auditor tendrá que denegar la opinión sobre las cuentas consolidadas, no bastando con oponer una salvedad.
85. En su *contenido*, el informe de auditoría debe ajustarse, además, al art. 2º de la LAC y en síntesis comprende: *una opinión técnica y una declaración de conocimiento o verdad* sobre una serie de extremos. En el primer aspecto la opinión podrá ser objeto de contradicciones y sirve para orientar a la junta general en su decisión de aprobar o no las cuentas –incluso, en nuestra opinión, para introducir en ellas modificaciones que no exijan una gran reelaboración- y para formar la valoración del Juez. En el segundo aspecto su carácter de *documento mercantil* determina que el auditor de cuentas responde frente a la sociedad, socios y terceros de la veracidad de sus manifestaciones, bajo la sanción del art. 392 CP, aplicable a la falsedad cometida *en documento público, oficial o mercantil* (seis meses a tres años y multa de seis a doce meses).
- 86: El art. 92 LMV también *presupone en el informe la exigencia de veracidad*, cuando dice que de ella no responde la CNMV. Lo que hace que, aun en el caso de haber sido designado por la junta o asamblea de la sociedad, cooperativa u otra entidad auditadas, el auditor de cuentas siempre *defienda un interés público*, actuando, como ha dicho el Tribunal Supremo de los EEUU, como «*a public watchdog*» (U.S. v. «*Arthur, Young, Co.*», 1984); según la jurisprudencia inglesa (caso «*Kingston Cotton Mill Co.*», 1986) es un «perro guardián» («*watchdog*»), no un «perro de presa» («*bulldog*»):

⁵⁶ Ver Raquel GALINDO DORADO, *Los auditores ante el principio de empresa en funcionamiento: teoría y práctica*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, que tiene dos partes, la teórica, sobre la “ambigüedad del principio de empresa en funcionamiento”; págs. 29 y ss. y 67 y ss.; y la práctica, sobre el comportamiento de los auditores de cuentas respecto de dicho principio, en el caso español: págs. 121 y ss.

sólo si algo despierta sus sospechas debe investigarlo a fondo y si no se le facilita la información a la que tiene derecho no puede exigirla judicialmente: se limitará a denegar su informe (en el mismo sentido se pronuncia el ICAC). Pero sus sospechas le obligan a exigir más información a los administradores y pueden obligarle a denunciar la comisión de delitos, aunque no este tipificado, como en Francia, el delito especial del auditor de no revelación de fraudes contables.

8. INDEPENDENCIA DEL AUDITOR DE CUENTAS

87. La auditoría de cuentas presenta *dos aspectos fundamentales: el profesional y el institucional*⁵⁷. El primero va unido al régimen de las profesiones y de la actividad contable. El segundo forma parte de la organización corporativa –aquí, el control externo– y financiera de la sociedad anónima y de otras formas jurídicas de empresa. La Ley 19/1988 de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas (LAC) (BOE del 15) incorporó la Octava Directiva de la CEE en materia de sociedades. La Ley fue desarrollada por el Real Decreto 1636/1990 de 20 de diciembre, que aprueba su *Reglamento (RAC)* y por *las Normas Técnicas de Auditoría (NTA)* aprobadas por Resolución del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, ICAC, que *en esta materia tiene una potestad reglamentaria interna*, sobre los auditores, en ejercicio de la supervisión que la Ley le otorga sobre la actividad de auditoría, que no ha suscitado dudas de interpretación, como en las normas contables. La LAC tenía como fin que los auditores de cuentas cumplieran las *condiciones* exigidas por la Octava Directiva, que son: *competencia, honorabilidad, conciencia profesional, independencia y publicidad*.
88. La STC. 386/93 de 23 de diciembre rechazó el recurso de inconstitucionalidad presentado por *cincuenta diputados del Partido Popular* y declaró que la LAC no viola el art. 36 CE, porque *no regula una profesión sino una actividad*, que pueden realizar diversos profesionales y puede ser realizada de

⁵⁷ Ver PETIT LAVALL, M. V., *Regimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, ICAC, Madrid, 1994, pág. 39, que distingue la perspectiva profesional, a la que dedica casi todo el libro, de la perspectiva institucional, que establece la relación del concreto auditor de cuentas con la sociedad auditada, de la que no es un órgano social: Capítulo VII; en sentido contrario, VAZQUEZ CUETO presta fundamental atención al régimen de la auditoría o verificación de cuentas en la sociedad anónima, regulada en la sección 8ª del Capítulo VII LSA (*Las cuentas y la documentación contable en la sociedad anónima*, en *Tratado*, cit., pág. 140).

forma aislada o no profesional; y que la creación del ICAC, en lugar de un nuevo Colegio Profesional, está justificada para garantizar la fiabilidad de las auditorías. Aunque inicialmente la actual reforma de la auditoría propugnada por el Partido Popular confiaba en la autorregulación, los últimos acontecimientos han obligado a que la Ley 44/2002 refuerce el control administrativo del ICAC.

89. Por su parte, la STS. Cont-Adm. de 12 de enero de 2000 (R. 549) declara que la especial relación de sujeción de los Auditores de Cuentas al ICAC hace que sea suficiente la publicación de las Normas de Auditoría en el BOICAC, sin necesidad de que se publiquen en el BOE, y que la atribución legal por el art. 15.2 de la LAC de *potestad sancionadora del ICAC y la tipificación de la infracción* por el art. 16.2.c) de la LAC ofrecen la doble garantía, formal y material, que exige el art. 25 de la Constitución, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 127/90, de 5 de julio).
90. La LAC amplía la normativa contenida en la Octava Directiva, porque define los conceptos de actividad de auditoría y de informe de auditoría, y regula su ejercicio, su responsabilidad civil y disciplinaria administrativa –completada ésta por un sistema de sanciones monetarias añadida por la Ley 13/1992 de recursos propios y supervisión de entidades financieras sobre base consolidada-. Dicha disciplina corre a cargo del ICAC (regulado por el R.D. 302/1989 de 17 de marzo, BOE del 31), el cual gestiona el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC) en el que es indispensable inscribirse para ejercer esta actividad. Además, el ICAC posee potestad reglamentaria de segundo grado, que ejerce mediante la publicación de Normas Técnicas de Auditoría (NTA), que se publican en el BOICAC y no –como sus Normas Contables- en el BOE, debido a la relación de dependencia que los Auditores de Cuentas tienen respecto del ICAC. Sin perjuicio de la inscripción en el ROAC, cada auditor puede pertenecer y generalmente pertenece a una profesión colegiada, y es miembro de su respectivo Colegios Profesionales (de Economistas, de Titulados Mercantiles e Instituto de Censores Jurados de Cuentas, aunque también pueden serlo otros: de Ingenieros Agrónomos, de Abogados, etc.).
91. La Ley 44/2002, Financiera, estableció una tasa a cargo de los auditores para financiar los servicios del ICAC. Por otro lado, el art. 104 la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE del 31) modificó la disposición adicional segunda de la LAC modificando sus órganos rectores: Presidente, Comité de Auditoría de Cuentas y el Consejo de Contabilidad y regulando su composición y

reconociendo a sus miembros derecho a indemnización por la asitencia a los mismos⁵⁸.

92. La LAC dejó sin resolver el problema de “una profesión dividida”, al que la Ley 44/2002, Financiera, no han puesto fin. A pesar de que la STS de 14 de mayo de 1985 ya declaró que el Instituto Español de Censores Jurados de Cuentas era un Colegio Profesional y que, de acuerdo con la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, integraba obligatoriamente a todos los que ejercieran la profesión de auditoría de cuentas, aunque fuera para cubrir las limitadas necesidades de la auditoría legal del artículo 108.2 de la LSA de 1951, en que la exigiera una minoría de al menos el 10 por 100 del capital social⁵⁹. Pero la Ley Financiera ha avanzado en la unificación de la profesión de auditoría en algunos puntos: 1) la convocatoria unificada de exámenes de aptitud para ser admitido como auditor de cuentas, en convocatoria conjunta de las corporaciones representativas (art. 7, apartado 5 de la LAC); 2) la obligación de seguir cursos de formación continua (art. 6, apartado 4 de la LAC); 3) la introducción de nuevas incompatibilidades (art. 8 de la LAC, en sus apartados 1, 2, 3, 4 y 5, en la nueva redacción introducida por el art. 51 de la Ley 44/2002); y 4) el reforzamiento del régimen disciplinario administrativo unitario, que en la práctica reemplaza el control deontológico de las Corporaciones de auditores, muy frenado por el corporativismo.
93. La LAC en 1988 no aseguró suficientemente el principio de independencia, definido reglamentariamente con acierto como «ausencia de intereses o influencias que puedan menoscabar la objetividad del auditor (art. 36 RAC). No estableció expresamente la prohibición de que una misma sociedad o sociedades del mismo grupo prestasen a un mismo cliente los servicios de auditoría y de asesoramiento jurídico (fiscal, mercantil, de medio ambiente, entre otros), aunque se desprendía ya de la Octava Directiva tal como ha sido interpretada por las legislaciones europeas⁶⁰. Sin embargo, la importante Recomendación de la Comisión Europea de 16

⁵⁸ Su composición ha sido regulada por la disposición adicional cuarta del R.D. 296/2004, de 20 de febrero (BOE del 27), por el que se aprueba el régimen simplificado de la contabilidad.

⁵⁹ Ver VICENT CHULIÀ, F. “El sistema de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas (comentario a la S. del TS de 14 de mayo de 1985)”, *La Ley*, nº 1.680, 1 abril 1987, págs. 1 y ss.; y *Hacia la modernización del Derecho mercantil (1984-85). Suplemento del “Compendio crítico de Derecho mercantil”*, edición del autor, Valencia, septiembre 1985, págs. 56-64.

⁶⁰ PETIT LAVALL, M.V., en “Un supuesto de violación del deber de independencia de los auditores de cuentas: la prestación simultánea en la empresa auditada de servicios de asesoría y de auditoría de cuentas”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 3er. trim., julio 1996, págs. 741 y ss.

de mayo de 2002⁶¹ sobre independencia de los auditores de cuentas en la UE fija los Principios fundamentales, planteamiento preferible —dice— al de normas detalladas, porque son adaptables a las variadas situaciones de la práctica.

94. La independencia del auditor frente a la entidad auditada se asegura mediante dos instituciones: las incompatibilidades y la obligación de rotación, a fin de que un nuevo auditor o firma de auditoría pueda suceder y someter a control el trabajo realizado por los precedentes. La Ley Financiera en su art. 51 modificó el art. 8 de la LAC ampliando considerablemente la relación de supuestos de incompatibilidad. El nuevo art. 8.1 LAC dispone que *“los auditores de cuentas deberán ser y parecer independientes en el ejercicio de su función, de las empresas o entidades auditadas debiendo abstenerse de actuar cuando su objetividad en relación con la verificación de los documentos contables correspondientes pudiera verse comprometida”*.
95. El art. 8.2 LAC dispone que corresponde al ICAC velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia y valorar en cada trabajo de auditoría la posible falta de independencia, desarrolla la norma general mediante una serie de supuestos de incompatibilidad que se añaden a los ya preexistentes: tener cargos de directivos, de administración o supervisión, tener interés financiero directo o indirecto, consaguinidad o afinidad hasta el segundo grado como los empresarios, los administradores y los responsables del área económica-financiera de las empresas o entidades auditadas; llevanza material o preparación de los documentos contables o estados financieros de la entidad auditada; prestación al cliente de auditoría, de servicios, de diseño y puesta en práctica de sistemas de tecnología de la información financiera, salvo determinadas circunstancias; prestación de servicios de valoración en cantidades significativas que conlleven un grado significativo de subjetividad; auditoría interna, salvo determinadas circunstancias; relación empresarial, a menos que se ajuste a la actividad empresarial normal y no sea significativa; servicios de abogacía “simultáneamente para el mismo cliente o para quienes lo hubiesen sido en los tres años precedentes, salvo que dichos servicios se presten por personas jurídicas distintas y con Consejos de Administración diferentes”; participación en la contratación de altos directivos o personal clave para el cliente de auditoría, prestación de servicios distintos por el socio firmante de la auditoría; honorarios conjuntos de auditoría y otros superiores a un porcentaje indebidamente elevado de los

⁶¹ DOCE L 191/22 de 19.7.2002

ingresos anuales del auditor de cuentas considerando la media de los últimos cinco años⁶².

96. El apartado 3 establece que el período de cómputo para las incompatibilidades comprenderá desde el ejercicio en que se realizan los trabajos hasta el tercer año anterior al ejercicio al que se refieren los estados contables auditados. Añade que en los tres años siguientes al cese en sus funciones los auditores no podrán formar parte de los órganos de administración o dirección de la empresa auditada ni ocupar puesto de trabajo en la misma ni tener interés financiero directo o indirecto si es significativo
97. El segundo medio institucional para preservar la independencia de los auditores de cuentas es la rotación obligatoria en el ejercicio de su cargo. La LSL 2/1995, sin el suficiente debate público, modificó los arts. 8 de la Ley 19/88 y 204 de la LSA permitiendo que, agotado el plazo del primer nombramiento, el auditor pueda ser renovado indefinidamente por la sociedad auditada, año a año (fórmula errónea, que origina la máxima presión posible sobre el auditor, que es un profesional individual que se ha de ganar la vida o es una sociedad cuyos administradores/auditores han de pensar en pagar a sus profesionales y mantener sus beneficios).
98. La supresión de la rotación obligatoria tras los nueve años fue defendida con argumentos de análisis económico sofisticados, que ocultan el poder fáctico del grupo de presión de las grandes firmas de auditoría, que logró en 1995 una reforma casi subrepticia, sin debate parlamentario⁶³. La Ley USA "To protect investors by improving the accuracy and reability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes", que puede

⁶² Estas incompatibilidades están inspiradas en la Recomendación de la Comisión Europea de 16 de mayo de 2002 (DOCE L 191/22, de 19.7.2002) sobre independencia de los auditores de cuentas, cuya repercusión en las legislaciones de los Estados miembros, a pesar de no constituir una Directiva, será grande, debido a la "enronitis/gescarteritis", que obra como una gran marea negra sobre los inversores en el mercado de valores, como la provocada por el *Prestige* sobre la tantas veces castigada Galicia.

⁶³ A favor de la supresión de la regla de rotación obligatoria de los auditores, consumada por la Ley 2/1995, incorporando el "Análisis Económico del Derecho" norteamericano sobre el tema, se habían manifestado los Profesores Benito ARRUÑADA, *Control y regulación de la sociedad anónima*, Madrid, 1990; ARRUÑADA, B., y PAZ-ARES, J.C. «Consecuencias económicas de la rotación obligatoria del auditor de cuentas» Seminario de Economía de la Empresa, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 30 marzo 1995; PAZ-ARES, J.C., *La ley, el mercado y la independencia del auditor*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996; y Juan Luis IGLESIAS PRADA, «La duración del cargo de auditor. Consideraciones críticas», en *Estudios Menéndez*, II, págs. 1895 a 1923. Existe una relación entre doctrina jurídica y estrategia de algunos de nuestros más importantes despachos de abogados, Uría/Menéndez y Garrigues (el Prof. Fernando PANTALEON, poco antes de incorporarse como socio a Garrigues-Andersen, redactó un dictamen por encargo de las Corporaciones de Auditores (publicado como libro: *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*), Cuadernos Civitas, Madrid, 1996). También coincide la doctrina jurídica pro-auditores con la concentración económica (concentración uni-

ser citada como "Sarbanes/Oxley Act of 2002", de 30 de julio de 2002, enumera las actividades prohibidas a los auditores (art. 201), destacando las valoraciones, servicios jurídicos, recursos humanos. En cambio, en su artículo 203 modifica el art. 10^a de la Securities Exchange Act de 1934 y establece: "(j) Estará prohibido a una sociedad de auditoría registrada prestar servicios de auditoría a una entidad emisora ("issuer") si el socio director o coordinador (el que tenga responsabilidad principal de la auditoría) o el socio auditor responsable de revisar la auditoría ha realizado servicios de auditoría para esta entidad emisora en cualquiera de los cinco ejercicios fiscales anteriores de la entidad emisora".

99. El art. 51.4 de la Ley Financiera establece que los auditores serán contratados por un período de tiempo no inferior a tres años ni superior a nueve, pudiendo ser contratados anualmente una vez haya finalizado el período inicial. Esta es la norma general, para todas las sociedades anónimas. La reforma introduce una excepción, que afecta sólo a (1) las sociedades sometidas a supervisión pública, (2) las cotizadas y (3) las que tengan cifra de negocios superior a 30 millones de euros. En relación con éstas, el art. 8.4 de la LAC en su nueva redacción dispone: "una vez transcurridos siete años desde el contrato inicial, será obligatoria la rotación del auditor de cuentas responsable del trabajo y de la totalidad de los miembros del equipo de auditoría, debiendo transcurrir en todo caso un plazo de tres años para que dichas personas puedan volver a auditar a la entidad correspondiente...", aunque durante parte de estos tres años no se cumplieran las tres circunstancias.
100. El nuevo texto del art. 11 LAC, fijado por el art. 52 de la Ley Financiera, remite a las "reglas generales del Derecho privado con las particularidades establecidas en el presente artículo" (suprimiendo la expresión "frente a los terceros"). Quizás este cambio normativo se ha introducido como concesión a los auditores, para poder defender ante los Tribunales la interpretación restrictiva de la responsabilidad extracontractual frente a todos los terceros, aunque no creemos que prospere, puesto que las reglas generales del Derecho en este punto vienen presididas por el art. 1902 del Código civil, que debe amparar las reclamaciones de los terceros dañados

versitaria de Madrid, concentración del trabajo en las firmas de auditoría y maridaje histórico auditoría/poder político, frente a la impotencia de la masificada abogacía). La posición crítica contra la supresión de la regla de rotación la expresó la profesora PETIT LAVALL, en RGD, junio 1995, págs. 6.903 y ss.; y «Un supuesto de violación del deber de independencia de los auditores de cuentas: la prestación simultánea en la empresa auditada de servicios de asesoría y de auditoría de cuentas», RJC, julio 1996, cit., págs 741 y ss.

- (inversores, trabajadores de la empresa, entre otros), a la vista de que el informe de auditoría produce efectos frente a terceros.
101. Las dos nuevas normas expuestas se dictan a pesar de que —con buen sentido— en el sistema de determinación del “valor razonable” la Ley Financiera muestra su desconfianza en la independencia del auditor nombrado por la sociedad, al exigir que sea un auditor distinto a éste, nombrado por los administradores de la sociedad o por el Registro Mercantil, en las demás normas modificadas (disposiciones adicionales novena, décima y undécima de la Ley Financiera, que modifican varios artículos de las Leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada).
 102. En estos supuestos la nueva Ley Financiera no se conforma con el cambio de equipo para hacer la valoración de experto. Tres explicaciones pueden darse de esta norma: 1ª) que la Ley⁶⁴ considera que las actividades de valoración están prohibidas para el auditor de cuentas anuales, porque afectan a su independencia (reiterando la incompatibilidad establecida en el art. 8.2f) de la LAC en su nueva redacción); 2ª) que, en sentido inverso, el ya nombrado auditor de las cuentas anuales carece de independencia suficiente para actuar como experto emitiendo un dictamen arbitral en la valoración del patrimonio social o de las acciones de la sociedad auditada (en tal caso, como sugeríamos, sería necesario plantearse por qué esta reserva sobre su independencia no se ha planteado en relación con la rotación de la firma de auditoría); 3ª) que los auditores no tenían interés en asumir estos servicios porque en la práctica sus clientes les presionan para que por los honorarios percibidos en concepto de la auditoría de cuentas realicen tales valoraciones.

9. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL AUDITOR DE CUENTAS

103. El auditor, como todo profesional titulado, puede incurrir en responsabilidad: civil (contractual y extracontractual), administrativa (ante el ICAC, la CNMV, etc.), disciplinaria colegial (Colegios de Economistas y otros) y penal. Este régimen de responsabilidades constituye el fundamento del sistema contable.
104. Según el art. 11 LAC *en su nueva redacción* introducida por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero: “1. *Los auditores de cuentas responderán por los daños y perjuicios que se deriven*

⁶⁴ Al igual que el art. 10, apartado (g), subapartado (3) de la *Securities Exchange Act* de 1934, en la redacción introducida por el artículo 201 de la *Sarbanes/Oxley Act* de 30 de julio de 2002.

del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del derecho privado con las particularidades establecidas en el presente título. 2 Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría, responderán solidariamente tanto el auditor que haya firmado el informe como la sociedad”.

105. La reforma ha introducido varias modificaciones en el artículo: 1º) Antes decía que “los auditores de cuentas responderán *directa y solidariamente* ...”, lo que tenía trascendencia práctica si eran varios. 2) Respondían de ese modo “frente a las empresas o entidades auditadas y *frente a terceros*”. Al suprimir esta expresión, puede darse pábulo a la doctrina que limita la responsabilidad de los auditores sólo frente a los terceros frente a los que contrajeron un “*duty of care*” (doctrina defendida en especial por el Profesor Fernando Pantaleón). 3) La nueva norma suprime, con razón, el último inciso del apartado 2 que decía que “los restantes socios auditores que no hayan firmado el informe de auditoría de cuentas, responderán de los expresados daños y perjuicios de forma subsidiaria y solidaria” (entre ellos).
106. Un estudio realizado por encargo de la Comisión Europea⁶⁵ muestra la variedad legislativa, doctrinal y jurisprudencial entre los quince Estados miembros de la UE.
107. En cinco Estados miembros de la UE no existe una regulación especial de la responsabilidad civil de los auditores, sino que se aplica el régimen general de responsabilidad civil contractual y extracontractual (Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Holanda y Reino Unido); en los demás existe una regulación especial que completa o, en su caso, modifica la general. La mayor parte fundan la responsabilidad del auditor frente a la sociedad auditada en el contrato –responsabilidad contractual– mientras que Francia y Finlandia le reconocen carácter extracontractual, derivado de la violación de deberes legales. Además, sólo en algunos es posible acumular las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual (Alemania, Irlanda, Portugal y Reino Unido).
108. *Frente a los terceros perjudicados* la responsabilidad es *extracontractual*, si bien en tres de ellos existe *la doctrina del contrato implícito* o de efectos del contrato de auditoría a favor de los terceros (Alemania, Austria y Portugal, aquí, con discrepancia doctrinal). Generalmente, la responsabilidad tanto contractual como extracontractual es *ilimitada* y no es posible limitarla con-

⁶⁵ “A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a Single Market for auditing services in the European Union”, Bruselas, 15 de enero de 2001.

tractualmente. Sólo en muy pocos casos la legislación especial ha introducido una *limitación legal de la responsabilidad*, si el auditor no ha incurrido en dolo (Austria, 363.364 Euros por auditoría; Alemania, 2 millones de marcos por auditoría, 5 millones si la sociedad auditada emite acciones con *rating* oficial; Grecia fija como límite de responsabilidad la cantidad mayor entre el sueldo del Presidente de su Tribunal Supremo y el total de ingresos del auditor afectado en el ejercicio fiscal anterior, límite que se aplica a cada socio en las sociedades de auditoría).

109. En un *número reducido de países la doctrina y jurisprudencia interpretan que el auditor no responde frente a los terceros*, pues entienden que no podía prever que su informe fuese utilizado por personas distintas a la sociedad comitente, salvo que se pruebe que el auditor se comprometió con ellas (Reino Unido: doctrina "*Caparo Industries*" de 1990; Irlanda, Alemania y Austria, y un sector doctrinal en Holanda y España). El "*Estudio*" citado parece darla como doctrina pacífica en España, cuando sólo ha sido defendida por los Profesores Rafael Illescas (aunque sin insistir en ella después de 1992) y Fernando Pantaleón, y carecía de todo fundamento legal, a la vista del art. 11 de la Ley 19/88, que decía claramente "*frente a terceros*", por lo que cabe presumir una influencia en el *Estudio* de este último autor o de los auditores de cuentas o de despachos de abogados defensores de sus intereses en su elaboración⁶⁶.
110. La nueva redacción del art. 11.1 LAC al suprimir la expresión "frente a terceros" obliga a replantear la beligerancia que se deba dar en Derecho español a la doctrina de la Sentencia de la *House of Lords* en el caso "*Caparo Industries*", de 1991. Esta declaró que el auditor sólo responde frente a quienes ha contraído un «*duty of care*», que son solamente la sociedad y los accionistas existentes en aquel momento, "en cuanto tales, pero no frente a terceros y ni siquiera frente a los actuales accionistas cuando éstos deciden

⁶⁶ Ver la posición de PANTALEON en *La responsabilidad civil de los auditores, extensión, limitación, prescripción*, Cuadernos Civitas, Madrid 1996 (en nuestra opinión, discutible en todas sus tesis) y "Propuestas de reforma de la Ley de auditoría de cuentas sobre responsabilidad civil de los auditores", en *Libro Blanco de la Auditoría de Cuentas en España*, Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, Madrid, 1997, págs. 256 y ss., donde, adoptando un enfoque *de lege ferenda*, viene a reconocer que su interpretación de la legislación vigente no era segura. En contra, ver, por todos, PETT LAVALL, M.V., "La responsabilidad civil del auditor de cuentas", en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGrawHill, Madrid, 2002, vol. II, capítulo 71, págs. 2223 a 2244, en especial, págs., 2240 y ss; PACHECO CAÑETE, M., *Régimen legal de la auditoría de cuentas y responsabilidad de los auditores*, Consejo Económico y social, Madrid, 2000, págs. 255 y ss.; MARINA GARCIA-TUÑON, A. *La auditoría de las cuentas anuales: aspectos sustantivos*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 137; y VICENT CHULIÁ, "Variaciones mercantiles...", *Derecho de los Negocios*, septiembre 2002.

- adquirir todas las acciones de la sociedad auditada» (la sociedad «Fidelity»), mediante una OPA, confiando en el informe de auditoría. En un caso reciente (*ADT c. BDO Binder Hamlyn*) la «High Court» *ha declarado la responsabilidad* porque un socio de la firma de auditoría *confirmó verbalmente el informe al director financiero de ADT* antes de que esta adquiriese la sociedad auditada.
111. Esta doctrina restrictiva de la responsabilidad civil de los auditores de cuentas no puede prosperar en Derecho español, pasando por encima de la LAC –que sigue previendo que el informe de auditoría es un documento mercantil y que debe tener efectos frente a terceros– y del 1902 C.c. La SAP de Barcelona de 31 de julio de 2000 rechazó esta tesis y condenó al socio auditor y a la sociedad auditora *Price W.* a pagar *1.445 millones de pesetas* a los inversores en una *Agencia de Valores Aragonesa (AVA)*, en la que se había producido «sustracción de fondos». Sin duda habría que buscar otras soluciones, como la limitación legal de la responsabilidad de los auditores, con el fin de hacerla técnicamente asegurable. Pero otras profesiones tituladas también afrontan en su ejercicio habitual enormes responsabilidades.
112. Especialmente grave puede resultar la responsabilidad por los daños y perjuicios causados a los terceros por *no advertir sobre el riesgo de crisis financiera* que les exige el art. 209.1.b) LSA, y que en su caso será exigida por la Administración Judicial dentro del Concurso, según el Proyecto de Ley concursal.

10. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PENAL DEL AUDITOR DE CUENTAS

113. En reconocimiento del interés público protegido por el sistema contable la Ley 44/2002 *introduce una importante reforma en el régimen disciplinario administrativo de los auditores*, modificando los arts. 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Ley 19/1988, de auditoría de cuentas. La definición de las infracciones reitera los deberes que pesan sobre los auditores: a) emitir opinión no conforme con las pruebas recogidas en su trabajo, con dolo o culpa grave; faltar al deber de independencia, resistirse al control del ICAC, violar el deber de secreto; aprovechar en beneficio propio o ajeno la información obtenida (son infracciones muy graves: art. 16.2); b) incumplir una auditoría contratada en firme, o las normas de auditoría con posible efecto

significativo en su trabajo e informe, no remitir informaciones preceptivas al ICAC, si media requerimiento, aceptar trabajos de auditoría que superen su capacidad, entre otras (son infracciones graves: art. 16.3 LAC). Se añaden otras que son infracciones leves.

114. Para asegurar el *control de la calidad del trabajo de auditoría* el auditor debe *conservar la documentación referente a cada auditoría*, incluidos los papeles de trabajo, durante *cinco años*. Pero ahora se reconoce el *derecho de acceder a la misma a más organismos que anteriormente*: el ICAC, personas designadas por resolución judicial, o autorizadas por ley, Banco de España, CNMV y Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y las Corporaciones representativas de los auditores de cuentas (art. 14 LAC)⁶⁷.
115. El incremento del rigor del régimen legal la auditoría es aconsejable en un momento de transición hacia un nuevo modelo contable, integrado fundamentalmente por las Directivas y las NIC-NIIF, dotado de mayor flexibilidad. Pensemos en la introducción del concepto de valor razonable, o en el futuro régimen del fondo de comercio, de reconocimiento contable sin amortización (salvo envilecimiento o "*impairment*") que de la normativa contable norteamericana será incorporado en breve a las NIC-NIIF.

⁶⁷ El art. 21 LAC en su nueva redacción dada por la Ley 44/2002 establece que el ICAC continuará ejerciendo la potestad investigadora y sancionadora (arts. 21 y 22). Entre las sanciones más graves impuestas hasta ahora figuran las impuestas a *Ernst&Young*, con un 0'5 % de su facturación, por las deficiencias de su auditoría sobre AVA, y a *Deloitte & Touche*, del 3 % de su facturación en España (13'08 millones de euros) en una cuantía de 540.000 euros (90 millones de pesetas), la mayor multa impuesta hasta ahora.