

EUGENIO OLMEDO PERALTA

**LA RESPONSABILIDAD
CONTABLE EN EL GOBIERNO
CORPORATIVO DE LAS
SOCIEDADES DE CAPITAL**

Prólogo de
Juan Ignacio Peinado Gracia

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	11
AGRADECIMIENTOS	35
ABREVIATURAS	39
INTRODUCCIÓN	41
LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDADES CONTABLES	41
LA APROXIMACIÓN HACIA LO CONTABLE DESDE EL GOBIERNO CORPORATIVO.....	50

CAPÍTULO I SIGNIFICACIÓN DE LA CONTABILIDAD EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

I. FINALIDAD DE LA CONTABILIDAD EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.....	63
II. MOMENTO DE RELEVANCIA INTERNA.....	65
1. Interés del propio empresario: conflicto de intereses en el gobierno de las sociedades de capital.....	67
2. Función de configuración de los sistemas organizativo e informativo de la empresa	72
A) La contabilidad en la organización de la empresa	73
B) La contabilidad en el sistema informativo de la empresa	76
III. MOMENTO DE RELEVANCIA EXTERNA	78

	<u>Pág.</u>
1. Intereses: el <i>interés público</i> de la contabilidad	83
2. Funciones de la contabilidad en el plano externo a la empresa	87
A) Función de garantía	87
B) Información sobre el valor de la sociedad	92
C) Información en el plano laboral	93
D) Información fiscal	93
E) « <i>Non use benefi</i> tis»	94

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DEL DEBER Y DE LOS DOCUMENTOS CONTABLES

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEBER DE CONTABILIDAD	98
1. El deber contable como obligación	100
2. El deber contable como carga	102
3. La contabilidad como deber	103
4. El «deber público» de contabilidad	105
II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DECLARACIONES CONTABLES	111
1. Naturaleza jurídica de los libros de contabilidad	113
A) Valor material de los libros de contabilidad	114
B) Valor de los libros desde la perspectiva procesal general: función probatoria	116
C) Valor ante procedimientos concursales	121
D) Valor de los libros al interno de la empresa: el secreto contable	122
2. Naturaleza jurídica de las cuentas anuales	125

CAPÍTULO III

ATRIBUCIÓN SUBJETIVA DEL DEBER DE CONTABILIDAD

I. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DEBER	136
II. CUESTIÓN PREVIA: LA NECESIDAD DE ADECUACIÓN DEL SISTEMA CONTABLE A LAS CARACTERÍSTICAS DE LA EMPRESA	139
III. LA CONFIGURACIÓN DE LA CONTABILIDAD COMO DEBER DEL EMPRESARIO	143
1. Finalidad del sometimiento al deber	146
A) El factor de la complejidad de la empresa	147

	Pág.
B) El concepto contable de «empresario» y la exclusión del pequeño empresario	149
C) El empresario mercantil y el empresario agrícola y artesano.....	154
D) La tesis del recurso al mercado de capital	159
2. Elenco de sujetos obligados a la llevanza	161
A) Empresario individual	161
B) Sociedades mercantiles.....	162
C) Sociedades cooperativas	165
D) Uniones Temporales de Empresas, Agrupaciones de Interés Económico y consorcios con actividad externa	166
E) Los entes públicos que desarrollan una actividad mercantil.....	168
F) Entes sin personalidad jurídica	169
G) Sujetos civiles: Sociedades Agrarias de Transformación, asociaciones y fundaciones.....	170
H) Entidades no obligadas por la normativa mercantil	171
I) Recapitulación: conclusiones en el plano subjetivo.....	172
J) Pluralidad de negocios.....	172
IV. LA CONTABILIDAD DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL.....	174
1. Capacidad del empresario	175
2. Vicios del consentimiento	177

CAPÍTULO IV
ATRIBUCIÓN ORGÁNICA DEL DEBER
EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES	181
1. Sistemas normativos de distribución de competencias.....	182
2. Distribución orgánica de las competencias.....	185
3. Atribución de responsabilidad.....	190
4. Especialidades de las sociedades en formación y devenidas irregulares	192
II. FUNCIONES DE ADMINISTRACIÓN: ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN, CONSEJEROS DELEGADOS/COMITÉ EJECUTIVO, DIRECTORES GENERALES	196
1. Circunstancias personales de los administradores	198
2. Formas de organizar la administración: Consejo de Administración	204
3. Delegabilidad e indelegabilidad de los deberes contables.....	207
4. Delegación orgánica de competencias: consejeros delegados y comités ejecutivos	209
5. Delegación voluntaria del deber.....	214

	Pág.
A) Formas de delegación	214
B) La dirección financiera y contable	216
C) La actuación de los contables de la sociedad	218
6. Responsabilidad por sujetos subordinados	219
7. Sustitución legal de los administradores	222
III. FUNCIONES DE SUPERVISIÓN: ÓRGANO DE SUPERVISIÓN EN LOS SISTEMAS CON ESTRUCTURAS DUALISTAS	223
1. Deber de asegurar que el sistema organizativo, administrativo y contable adoptado por la sociedad sea adecuado y tenga un correcto funcionamiento.....	227
2. Revisión del proyecto de cuentas anuales	228
3. Deber de detectar y denunciar irregularidades contables	230
4. Aprobación de cuentas	231
IV. FUNCIÓN DE CONTROL LEGAL: AUDITORES.....	231
V. COMPETENCIAS DE LA JUNTA GENERAL	236
1. Nombramiento de auditores	239
2. Aprobación de cuentas y decisión sobre la aplicación del resultado del ejercicio	240
3. Censura de administradores	240

CAPÍTULO V RESPONSABILIDADES CONTABLES

I. UNA MIRADA DESDE LA <i>CORPORATE GOVERNANCE</i> : FORMAS DE AFRONTAR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONTABLES DESDE EL BUEN GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES	242
II. DELIMITACIÓN SUBJETIVA DEL ÁMBITO DE RESPON- SABILIDADES: IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD DEL DAÑO.....	247
1. Ámbito de responsabilidad de los administradores	249
A) Administradores en sociedades no cotizadas	251
B) La administración en las sociedades cotizadas	256
a) Distinción entre consejeros ejecutivos y consejeros externos (<i>managers vs independents</i>)	257
b) Comité de Auditoría.....	258
C) Ámbito de responsabilidad de los administradores de hecho	260
D) El parámetro de diligencia exigido a los administrado- res	261
E) La culpa como requisito.....	265

	Pág.
F) La información contable de cara a la aplicación de la <i>Business Judgement Rule</i>	267
2. La Responsabilidad de los Directivos y Gerentes	269
A) Régimen general: Tratamiento como factores.....	270
B) Posible reconocimiento de responsabilidad directa como administradores de hecho.....	273
C) Construcción orgánica de la Dirección General en otros ordenamientos.....	276
D) El « <i>dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari</i> » del sistema italiano	278
3. Ámbito de responsabilidad del órgano de supervisión	279
A) Sistema monista «corregido» de las sociedades cotizadas españolas	280
a) La supervisión y control contable por parte del Comité de Auditoría.....	282
b) Funciones del Comité de Auditoría.....	283
c) Tratamiento del Comité de Auditoría en los Códigos de Buen Gobierno.....	285
d) La responsabilidad del Comité de Auditoría	288
B) Sistemas dualistas	291
a) Sistema tradicional italiano.....	291
b) Sistemas dualistas puros: modelo alemán y dualístico italiano	295
4. Ámbito de responsabilidad de la auditoría externa.....	298
A) Caracterización de la relación jurídica y del tipo de responsabilidad	298
B) El informe de auditoría: finalidad y contenido.....	299
C) La diligencia debida: la <i>lex artis</i> del auditor.....	303
D) Elementos objetivos: la conducta antijurídica, el daño, la relación de causalidad. En concreto, la no detección de irregularidades y errores	304
E) Formas de exigir la responsabilidad.....	307
a) Responsabilidad contractual frente a la sociedad. Aplicación de la acción social de responsabilidad	310
b) Responsabilidad extracontractual frente a terceros. Aplicación de las normas de responsabilidad por daños.....	313
c) Concurrencia de culpa con los administradores	316
III. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES	317
1. Conducta u omisión antijurídica	321

	<u>Pág.</u>
2. Producción de un daño	324
A) Daño derivado de la falta de fidelidad de la información contable	325
B) Daño derivado de la inactividad de los administradores en el cumplimiento de sus obligaciones contables	330
C) Daño derivado del incumplimiento del deber de depósito de las cuentas aprobadas	332
a) Daño patrimonial directamente sufrido por la sociedad	334
b) Daño derivado de la adopción de decisiones erróneas sobre la base de una información inadecuada	334
3. Relación de causalidad	335
IV. FORMAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD	336
1. Primera premisa: la inderogabilidad de las normas de responsabilidad	336
2. Segunda premisa: la autorización asamblearia no exime de responsabilidad	337
3. Norma de reparto: solidaridad	339
4. Eliminación de la categoría de la culpabilidad	341
5. Posibilidad de transferir el «coste indemnizatorio» de la responsabilidad: el seguro del administrador	344

CAPÍTULO VI

SISTEMA DE CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES

I. ESQUEMA DE RESPONSABILIDADES CONCURRENTES	347
1. Naturaleza jurídica del deber: orgánico o contractual	348
2. Título jurídico de la atribución del deber: atribución originaria o derivada	349
3. Contenido del deber: cumplimiento directo o supervisión	350
II. RELACIÓN DE RESPONSABILIDAD	350
1. Regla general: solidaridad de los órganos	351
2. Modulación en función del ámbito de sus atribuciones	353
A) Relación entre el órgano de administración y el órgano de control	353
B) Relación entre los órganos de administración y control y la auditoría externa	354
C) Relación entre el órgano de administración y sus delegados orgánicos y voluntarios	356

	<u>Pág.</u>
3. Relaciones internas: posibilidad de acciones para individualizar la culpa.....	356
III. EJERCICIO DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD POR LOS INCUMPLIMIENTOS CONTABLES.....	357
1. Acción social de responsabilidad	358
A) Ejercicio de la acción por la sociedad	359
B) Ejercicio de la acción por el órgano de supervisión	361
C) Ejercicio de la acción por los socios	361
D) Ejercicio de la acción por los acreedores.....	363
E) Ejercicio de la acción social por los administradores concursales.....	364
2. Acción individual de responsabilidad	365
IV. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE ESTABLECER SANCIONES DIRECTAS A LOS ADMINISTRADORES POR INCUMPLIMIENTOS CONTABLES	369
V. ESPECIALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS ADMINISTRADORES POR DEUDAS	370
VI. ESPECIALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL	373
BIBLIOGRAFÍA	377

PRÓLOGO

I.

Eugenio OLMEDO PERALTA, el autor de este libro, fue primero alumno y luego compañero como investigador FPU en la Universidad de Málaga. Hoy es investigador del Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht de Múnich.

Las obras, como los hijos, se parecen a sus autores incluso más de lo que a unos y otros están dispuestos a reconocer, incluso más de lo que a unos y otros les gustaría. Así que considero que no es baladí o impropio ofrecer al lector algunas referencias —pocas— biográficas del autor para mejor acercarse a su bibliografía. Y es que el hoy Dr. OLMEDO fue un alumno brillante y agudo, con una singular capacidad para detectar los problemas tópicos de las instituciones y resolverlos de forma solvente. Todo ello con un singular pensamiento práctico y un cierto spleen en el gesto. Como alumno, resultó ser el más brillante de su promoción en la Universidad de Málaga. El más brillante de su promoción y de la siguiente, en la Universidad de Málaga, en las andaluzas y en las españolas alcanzando diferentes reconocimientos públicos y privados.

«Los muertos que vos matáis gozan de buena salud» puede decirse tantas veces de la Universidad parafraseando a Don Juan Tenorio¹, pues el Dr. OLMEDO optó por quedarse en la Universidad y en el área

¹ Suele atribuirse la frase a la obra Don Juan de D. José de Zorrilla. Como Don Juan acostumbraba a coger lo que no era suyo quedémonos ahí. Aunque lo cierto es que pese a la posesión de estado en favor de Zorrilla, la frase procede de Pierre Corneille en su obra *Le menteur* (1643). Para tranquilidad de nuestras conciencias, el Sr. Cornielle había tomado temática, personajes y argumento de «La verdad sospechosa» (1630) del casi mercantilista Juan Ruiz de Alarcón, por

de Derecho mercantil. Y pese a las dificultades descartó otras opciones tentadoras y que prometían el dinero, la vanidad y el poder. Optó pues por el camino más carente de dinero y poder, iniciando la senda que le marcó su vocación: el estudio y la enseñanza.

La suma de vocación y méritos llevó al Dr. OLMEDO al Alma Mater universitaria europea, integrándose en el Colegio de España, magna y visionaria obra del cardenal GIL ÁLVAREZ DE ALBORNOZ para crear un cuerpo de jóvenes católicos romanos que engrandeciera el conocimiento, la fe y algo que era entonces más una ilusión que una realidad: España.

Sin el paso del Dr. OLMEDO por la institución y el magisterio vital del rector y maestro de novicios, Dr. José Guillermo GARCÍA-VALDECASAS, no se conoce el origen de la obra que hoy prologamos. Probablemente tampoco la biografía de mucha de la mejor doctrina jurídica española de las últimas décadas.

II.

El origen primero de este libro es la tesis del Dr. OLMEDO en Bolonia titulada I doveri e le responsabilità contabili nella corporate governance delle società di capitali realizada bajo la dirección del Dr. Vincenzo CALANDRA BUONAURA, de la Universidad de Bolonia y defendida un Viernes de Dolores ante un tribunal formado, junto al Dr. CALANDRA y quien esto escribe, por los profesores Renzo COSTI —catedrático emérito de la Universidad de Bolonia—, Stefano POLI —Universidad de Parma—, Federico Maria MUCCIARELLI —Universidad de Modena e Reggio Emilia— ; y Alberto DÍAZ MORENO, de la Universidad de Sevilla.

III.

El principal reto que afronta la obra es conseguir la conexión de dos ámbitos de gran actualidad en el estudio del Derecho mercantil, como son la información contable ofrecida por las empresas y el modo en que el ordenamiento jurídico disciplina la distribución de competencias, poderes y controles en las sociedades de capital, es decir, la llamada corporate governance o gobierno corporativo —en la terminología que parece haberse generalizado en nuestro país—.

Estos dos campos han recibido una atención dispar por parte de nuestra doctrina. Si bien, el gobierno de las sociedades de capital y

lo que al final todo queda entre españoles y no deja de ser una paradójica anécdota referida al taxqueño, al que tanto le preocupó las relaciones entre realidad y apariencia.

el debate sobre los modos más eficientes de configurar su estructura orgánica ha sido un tema central en el Derecho de sociedades de las últimas décadas; distinta ha sido la suerte del Derecho contable que, pese a ocupar un lugar central en muchas vertientes del Derecho de la empresa, ha quedado desatendido por nuestra doctrina. El presente trabajo persigue el doble objetivo de actualizar, desde una perspectiva eminentemente práctica, el tratamiento del Derecho contable mercantil y analizar sus conexiones e implicaciones con el buen gobierno de las sociedades, pues uno no puede entenderse sin el otro. No habrá propiamente un buen gobierno si éste no supone atender de una forma adecuada y responsable las prescripciones sobre información contable, del mismo modo que los deberes de contabilidad no se podrán cumplir correctamente si la sociedad no asume un adecuado sistema de distribución de competencias y responsabilidades en su interior, es decir, si su estructura de gobierno no es funcionalmente operativa.

IV.

Probablemente por su naturaleza híbrida, a medio camino entre las disciplinas jurídicas y las ciencias económicas, el Derecho contable no ha sido tan profusamente cultivado en nuestro país, salvo notables excepciones como las aportaciones de los profesores VICENT CHULIÁ, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, GONDRA, ILLESCAS, BLANCO CAMPAÑA, PETIT LAVALL, FERNÁNDEZ DEL POZO o VÁZQUEZ CUETO². El autor ha tratado de salvar esta situación a través de un estudio de Derecho comparado, con el análisis de las aportaciones ofrecidas en otros países de nuestro entorno, lo que le ha permitido concluir que el Derecho contable se encuentra —o debe encontrarse— en un estado de madurez tal que permita superar su tratamiento a través de obras generales o «regímenes jurídicos», sea de la contabilidad en general, sea del tradicionalmente llamado Derecho de balances, para ser estudiado como una pieza más interconectada con las demás vertientes del Derecho de la empresa, como el gobierno corporativo, el Derecho societario o las instituciones concursales.

Siguiendo esta finalidad, el autor concibe la regulación jurídica del fenómeno contable como un Derecho vivo que impregna y afecta a los demás ámbitos de la empresa. En su estudio parte de un análisis de las funciones que la contabilidad desenvuelve en el interior de la empresa, lo que le permite concluir —justificando así la tesis que empieza a ser predominante en la doctrina— que subyace un interés público en el correcto cumplimiento de los deberes contables del empresario. En este sentido, se razona que la contabilidad no sólo cumple una función

² En la obra puede el lector encontrar las referencias bibliográficas de estos autores.

estructurante en el funcionamiento de la empresa, sino que además de su correcto desenvolvimiento se derivan efectos y beneficios que trascienden el ámbito interno del negocio. Precisamente por ello se hace necesario analizar las normas de Derecho contable confrontando una doble lógica de intereses: la privada, propia del empresario que lleva la contabilidad, y la pública, defensora de la posición de todos aquellos destinatarios que puedan ostentar legítimos intereses en la información contable ofrecida por las empresas que concurren en el mercado.

Precisamente esta doble lógica de intereses internos y externos en la contabilidad queda reflejada en los caracteres que se desprenden del régimen jurídico-contable de nuestro ordenamiento. Por lo que respecta al empresario, la contabilidad ha de ajustarse a las necesidades de cada empresa, al fin y al cabo, la contabilidad ha de ser útil al empresario para la gestión de sus negocios. En este sentido, las normas contables tratan de configurarse según distintos parámetros de modo que puedan dar la mejor satisfacción a las necesidades de cada empresa. Sin embargo, esta adaptación es, en la mayoría de los casos, limitada y sólo tiene en cuenta la dimensión o el volumen de actividad. En esta obra se analiza, además, cómo el cumplimiento de los deberes de contabilidad ha de adaptarse, igualmente, al modo en que se organice cada sociedad, permitiendo conseguir la mejor configuración posible de sus potencialidades para conseguir el fin último de la contabilidad, mostrar la imagen verdadera y fiel de la situación patrimonial y financiera de la empresa, así como de sus resultados económicos.

V.

El gobierno corporativo ha sufrido una evolución en las últimas décadas tanto en sus finalidades y los intereses que tutela, como en las fuentes jurídicas en las que se manifiesta. Su incidencia en el Derecho contable no ha sido ajena a estos cambios. La situación de crisis financiera primero, y de la economía general en un segundo momento no ha sido ajena a estos cambios en el gobierno corporativo³.

³ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo - un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas [COM/2012/0740 final]. En cuya introducción se reseñan las relaciones mutuas entre gobierno corporativo y crisis económica. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0740:FIN:ES:HTML>.

Vid. J. SÁNCHEZ-CALERO, «Crisis económica y gobierno corporativo», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 287, 2013, pp. 63-88; AAVV, P. M. VASUDEV y S. WATSON (eds.), *Corporate governance after the financial crisis*, Northampton, MA, US, 2012, en especial los trabajos de

En nuestra personal opinión el gobierno corporativo en los últimos veinte años⁴ ha sufrido un cambio radical. Consideramos que las primeras manifestaciones eran la constatación del fracaso del sistema de distribución del poder entre los órganos de administración y las juntas generales en las sociedades cotizadas. Ante el inexistente equilibrio de poderes y control de aquéllos por éstos, los órganos de administración asumían compromisos autolimitativos. Se elaboran compromisos de la Administración social sobre materias variadas (conflictos de interés, información, autocartera, etc.) frente al mercado en general y sus accionistas en particular. Esta visión pasa por incorporar los mecanismos clásicos de protección de consumidores/inversores: la información como medio para que éstos actúen sin asimetrías en el momento de prestar consentimiento.

Además esta visión autolimitativa de los órganos de administración pasa por la elaboración de códigos. En muchas ocasiones los Códigos eran la plasmación o concreción de los deberes genéricos de administración leal, fiel y confidencial, de los que se extraía un elenco de mejores prácticas. Códigos de asunción voluntaria y, por ello, encuadrables en lo que se ha conocido como soft law⁵. Puesto su centro de atención en la información, los códigos descansan en la idea de aportar al inversor información ya de las prácticas seguidas por las compañías que los asumen ya de las razones por las cuales no asumen (comply or explain⁶).

L. A. STOUT, «New Thinking on “Shareholder Primacy”» (pp. 25-41), y D. MILLON, «Enlightened shareholder value, social responsibility and the redefinition of corporate purpose without Law» (pp. 68-100); y los diferentes trabajos contenidos en AAVV, A. ALONSO UREBA (coord.), *Hacia un nuevo gobierno corporativo (reforma desde la desconfianza de los mercados)*, Cuadernos de Derecho para Ingenieros, Madrid, núm. 21, 2013.

⁴ Puede ser de interés, por la pluralidad de elementos con los que atiende al gobierno corporativo en sentido muy amplio, y por su anexo documental, el trabajo de A. OLCESE, *Teoría y práctica del Buen Gobierno Corporativo*, Madrid, 2005. Vid. add. E. PÉREZ CARRILLO, *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Madrid, 2009.

⁵ AAVV, WRIGHT, SIEGEL, KEASEY y FILATOTCHEV (eds.), *Corporate governance*, Oxford, 2013, en particular el trabajo de CHEFFINS, «The history of Corporate Governance» (pp. 46-64), y en particular por lo que hoy nos ocupa, «Auditing in corporate governance», pp. 308-323.

⁶ El principio «cumple o explica» es en el que descansa el Código Unificado de Buen Gobierno de Sociedades Cotizadas (Código CONTHE) apoyado en la normativa sobre la Memoria Anual de Gobierno Corporativo (OM ECC 461/2013), es la esencia del sistema de *soft law* al que nos referimos. Para una exposición sucinta de su presencia en Informes internacionales y Códigos, y más extensa en textos británicos, vid. J. SOLOMON, *Corporate Governance and accountability*, capítulo 3.º, 4.ª ed., London, 2013, ebook.

Aún de interés el estudio de 23 de septiembre 2009 *Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States*, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/studies_en.htm.

Véase de Nuevo la *Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo - un marco jurídico moderno para una mayor*

Y, sin embargo, este modelo puede estar cambiando como fruto de la crisis económica que genera desconfianza hacia instrumentos jurídicos no imperativos⁷. De esta forma se acude a desarrollos puramente legislativos, de carácter imperativo, y donde se desarrollan los deberes genéricos de la administración para introducir en el Derecho de sociedades cotizadas instrumentos de protección de minorías. El cambio no es sólo de formas o vehículos sino, en nuestra opinión, de mayor calado, pues si partíamos de la protección del inversor mediante la garantía de información completa y veraz, esto es, un sistema de libertad/transparencia; caminamos hacia un sistema en el que la libertad se pierde para la imposición de reglas de relación entre la sociedad y sus socios. Siempre cabe dudar que para las sociedades cotizadas la protección de las minorías deba ser otra cosa que un instrumento de confianza en el mercado⁸.

VI.

Volvamos a tema principal de esta obra. El fundamento primero que históricamente justifica el origen de la llevanza de contabilidad fue la necesidad del propio empresario, que requería de información económica sobre su propio negocio —una vez hubo éste adquirido una cierta complejidad— de modo que le permitiera racionalizar la adopción de sus decisiones. Desde esta perspectiva la contabilidad es un elemento esencial de la mercantilidad toda vez que se vincula con la organización interna de la actividad empresarial⁹. Al solaparse el reconocimiento de intereses externos —interés público— en esta información, pasa a configurarse la llevanza de contabilidad como un deber imperativamente impuesto a los que ejerciten el comercio, sin que ello desconozca que, en el fondo, el fin de racionalizar la estructura y la base informativa de la toma de decisiones sigue subyaciendo como utilidad que presenta la contabilidad¹⁰.

participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas [COM/2012/0740 final] en su apartado 2.2.

⁷ Piénsese, por ejemplo, en lo que supuso la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 que el Dr. OLMEDO califica como de controvertida apuntando algunos de sus efectos perniciosos (actuar como barrera de entrada para compañías de auditoría y garantizar el oligopolio; incrementos de costes, etc.). *Vid.* el reciente trabajo de J. I. SIGNES DE MESA, «La Sección 404 de la “Sarbanes-Oxley Act” y los controles internos financieros: un balance tras diez años de aplicación», en *RDBB*, núm. 128, 2012, pp. 161-182.

⁸ En general sobre estos temas *vid.* los diferentes trabajos contenidos en AAVV, PEINADO y CREMADES (dirs.), *El accionista minoritario en la sociedad cotizada*, Madrid, 2012.

⁹ *Vid.* F. VICENT CHULIÁ, «En torno al concepto y fuentes del Derecho contable», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Madrid, 1996, pp. 605-649.

¹⁰ Es difícil ubicar históricamente la confluencia de los intereses privados con los públicos en la llevanza contable. En ese afán de marcar hitos quizás pudiéramos recordar las previsiones contenidas la Pragmática de Carlos I de 11 de marzo de 1552, donde se regula la partida doble

VII.

Sentadas estas premisas, el trabajo del Dr. OLMEDO se centra en el estudio del deber de contabilidad dentro de la estructura orgánica de las sociedades de capital para analizar, posteriormente, los modos en que la normativa impone el cumplimiento de los deberes de contabilidad y las consecuencias que se pueden derivar de su infracción. Es ahí donde se ha de descartar la oportunidad de una intervención o supervisión directa de los poderes públicos sobre el concreto cumplimiento de los deberes de contabilidad, pues el coste de establecer dicho sistema excedería las utilidades que derivarían de los mismos. Por ello, se ha de confiar en los mecanismos de sanción indirecta de los incumplimientos, es decir, se presume que el empresario está cumpliendo sus deberes contables de modo adecuado, imponiéndose sanciones sólo en aquellos casos en que la desatención del deber de contabilidad pueda tener efectos perjudiciales de cara al exterior de la empresa, sean éstos por falta de publicidad de la información -no depósito de cuentas anuales-, por entrar el empresario en situación de insolvencia o, por irrogarse daños a la propia sociedad, sus socios o a terceros como consecuencia de la desatención de dichos deberes.

Es precisamente este último punto sobre el que se centran las mayores reflexiones del trabajo. De este modo, la disciplina jurídica del deber de contabilidad es imperfecta en tanto que no prevé (o, realmente, no puede prever) una sanción directa frente a su incumplimiento. Es más, ni puede ni debe, toda vez que los controles a posteriori parecen más proporcionados si se confrontan sus efectos y el coste de los propios controles. Nos centramos así en corregir los daños causados por la no llevanza contable (por la falta de diligencia propia de un empresario) y en introducir mecanismos de detección y publicación de este

introduciendo elementos imperativos en la práctica comercial. Sobre estos aspectos históricos puede resultar de interés el clásico trabajo de J. BLANCO CAMPAÑA, *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid, 1980; J. TÚA PEREDA, «La evolución del Derecho Contable en España: Aportación de “Técnica Contable”», en *La contabilidad en España en la segunda mitad del s. XX*, Madrid, 1989, pp. 25-47; y A. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Consideraciones sobre la evolución histórica del Derecho Contable en España», *Actualidad administrativa*, núm. 3, 2011, p. 1.

La contabilidad se impone a los empresarios como una necesidad consecuente de su estructura organizada y, al mismo tiempo, como elemento a través del cual se articula el diseño de la estructura de la empresa y se racionaliza la actividad de ésta. Este planteamiento subyace expresamente en el ordenamiento alemán, en su forma de afrontar el rol que desempeña la contabilidad dentro de la empresa. Así, el HGB considera que estarán obligados a llevar contabilidad los sujetos que, en función de sus disposiciones, tengan el carácter de comerciantes, lo que se traduce en la adopción de alguna de las figuras concretas de sociedades mercantiles o, en su caso, cuando por razón de su clase o de sus dimensiones, requieran un establecimiento organizado con criterios mercantiles.

incumplimiento: el cierre del registro. Frente a ello, la única sanción directa que se puede derivar del incumplimiento del deber sería la eventual responsabilidad en la que podrían incluir los administradores en caso de calificación de un eventual concurso como culpable.

VIII.

El interés fundamental de la obra del Dr. OLMEDO, está en nuestra opinión en la búsqueda de las conexiones entre el cumplimiento del deber contable con las formas en que se configura el gobierno corporativo de las sociedades de capital en los distintos ordenamientos jurídicos. Así, es necesario considerar cómo los distintos paradigmas de gobierno corporativo —que se pueden sintetizar en tres categorías en función de que adopten una estructura monista, dualista o intermedia— configuran orgánicamente la administración de las sociedades de capital para, con ello, analizar las competencias en concreto que cada órgano tiene sobre el complejo del deber contable.

Los vínculos entre gobierno corporativo y llevanza de la contabilidad son relativamente recientes en la literatura jurídico-económica; si bien la obra del Dr. OLMEDO supone, en nuestra opinión, un paso más en el conocimiento e inquietudes actuales de la doctrina. Si acudimos a los estudios que se han ocupado de la cuestión veremos cómo se quedan en la simple afirmación de que el gobierno corporativo supone defender a los accionistas, que a los accionistas los defiende la información, y que una correcta información contable es pues una buena práctica de gobierno corporativo¹¹. La anterior afirmación no oculta, sin embargo, la existencia de un conflicto de interés interno. Pues si la información contable es finalmente el instrumento que los managers de empresas usan para que sus financieros dispersos (accionistas de control, accionistas minoritarios, bonistas, entidades de crédito, agencias de calificación) puedan valorar la evolución del riesgo de su inversión, y dependiendo en parte en las sociedades cotizadas ese riesgo de la evolución de los mercados bursátiles, podemos estar en presencia de incentivos adversos para esos managers¹². En definitiva, entre estos managers y sus financieros se establece una relación de agencia¹³. El gobierno corporativo es,

¹¹ Vid. el espléndido trabajo de J. MONTERREY MAYORAL, «Información contable y gobierno corporativo», en *Revista de Contabilidad*, vol. 7, 2004, pp. 89 a 122.

¹² Ya clásico es el trabajo de P. M. HEALY y K. PALEPU, «The fall of Enron», en *Journal of Economics Perspectives*, vol. 17, 2003, núm. 2, pp. 3-26 (en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=417840##).

¹³ No es éste el lugar de exponer las relaciones de agencia en economía y cómo los instrumentos jurídicos intentan reducir costes o hacer internalizarlos a los sujetos que en mejores condiciones pueden asumirlos. De estos temas ya nos ocupamos en J. I. PEINADO GRACIA, *El contrato de comisión. Cooperación y conflicto*, Madrid, 1996.

pues, un instrumento más de reducción de costes de vigilancia (monitoring) a los managers desde sus principales.

Desde la perspectiva del gobierno corporativo como un sistema de reducción de costes en la relación de agencia, el trabajo del Dr. OLMEDO atiende a que la regulación de un sistema de gobierno corporativo tiene como uno de sus objetivos principales la configuración de una estructura en el interior de las sociedades que implique una distribución de poderes y responsabilidades que haga operativo el funcionamiento de la misma. Para ello, los distintos modelos tratan de alcanzar un punto de equilibrio entre dos variables, en principio, antagónicas, a saber, la eficiencia —en tanto que la sociedad ha de ser operativa, permitiendo la ágil adopción de decisiones y la facilidad de actuación de sus órganos— y la seguridad —de modo que se impongan las obligaciones jurídicas y procedimentales que se estimen necesarias para garantizar los distintos intereses que se ponen en juego con respecto a la actividad de la empresa—. En la búsqueda de un equilibrio funcional entre estas dos premisas adquiere un papel principal la distribución de competencias entre los distintos órganos de la sociedad. Ello permitirá, de un lado, conseguir una mayor agilidad en el actuar de sus órganos, derivada de la especialización en el cumplimiento de sus funciones; y, de otro lado, conseguirá establecer un sistema de contrapesos de poder que implique el establecimiento de relaciones de controles mutuos en garantía de la corrección del funcionamiento de cada órgano.

Este fenómeno genérico del gobierno corporativo también encuentra plasmación en el ámbito del cumplimiento del deber de contabilidad. Así, a los efectos de conseguir un cierto control en el proceso de elaboración de la información contable que impida manipulaciones oportunistas de la misma, los distintos ordenamientos distribuyen el reparto de sus competencias contables entre los órganos de la sociedad —y, también, haciendo uso de sujetos externos a la estructura de la empresa: auditores y sociedades de auditoría—.

IX.

En todo caso, y con independencia del modo concreto en que se distribuyan las competencias contables en cada modelo societario, la premisa común de la que se parte en la construcción del sistema es la consideración de que, al tratarse de actos que forman parte de la gestión ordinaria de la empresa, los primeros encargados de su cum-

Vinculando las teoría de la agencia y el gobierno corporativo puede verse recientemente C. XIAOLING CHEN, H. LU y T. SOUGIANNIS, «The Agency Problem, Corporate Governance, and the Asymmetrical Behavior of Selling, General, and Administrative Costs», en *Contemporary Accounting Research*, 2012, vol. 29-1, pp. 252-282.

plimiento —y, en consecuencia, responsables de su adecuada satisfacción— serán los administradores de la sociedad. No obstante, ello no implica simplemente la satisfacción de los imperativos concretos en que se manifiesta el deber, sino que les obliga del mismo modo a modular su comportamiento en atención a la información que aporta la contabilidad sobre la empresa. Así, los administradores diligentes están obligados a procurarse la información adecuada para el desarrollo de su actividad (art. 225.2 LSC), lo que les exige una atención continuada sobre los hechos con transcendencia económica que tienen lugar en la empresa, para lo cual ocupará un papel central la información contable. Igualmente, el interés de la sociedad ha de presidir el actuar concreto de los administradores en todo momento. En el desarrollo de ello, la contabilidad ocupa una posición esencial a la hora de determinar la conducta debida en cada momento, así como evitar las eventuales situaciones de conflicto de interés¹⁴.

La responsabilidad que tienen los administradores en la contabilidad de la sociedad no se limita al adecuado y correcto cumplimiento de cada una de las especificaciones en que se concreta el deber, sino que el conjunto de sus actuaciones y decisiones debe estar presidido en todo momento por la información que ofrece la contabilidad sobre la empresa. Su responsabilidad, por tanto, no sólo se derivará del cumplimiento escrupuloso del deber, sino de las eventuales consecuencias perniciosas que pueda tener cualquier forma de su actuar que tenga como causa —siquiera remota— una atención inadecuada del deber contable.

X.

Con la elaboración, en 1998, del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas por la Comisión Especial de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, presidida por el profesor Manuel OLIVENCIA, se iniciaba un fecundo proceso de debate y de propuestas sobre cómo debía articularse el gobierno de las sociedades de capital —y, principalmente, de las sociedades cotizadas— para conseguir su mejor funcionamiento. Al Código Olivencia, le seguirían el Informe de la Comisión especial para la transparencia y seguridad de los mercados financieros y sociedades cotizadas (más conocido como Informe ALDAMA, por alusión al presidente de la Comisión, de 2003) y el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (Código CONTHE de 2006, actualizado recientemente en 2013). Finalmente,

¹⁴ Permítasenos ilustrar el discurso con una «imagen». Vid. el post del Prof. J. SÁNCHEZ-CALERO, «Sobre la diligencia de los administradores» en su blog. <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2011/07/sobre-la-diligencia-de-los.html>.

en el pasado mes de mayo, se comunicaba la Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo (BOE de 23 de mayo), por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, por el que se crea una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo¹⁵. Dicha Comisión tenía encomendada la misión de elaborar un estudio sobre las mejores prácticas en materia de gobierno corporativo, proponiendo las iniciativas y las reformas normativas que se consideren adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas. Según la Orden por la que se crea la Comisión, ésta debía prestar especial atención a conseguir el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas, mejorando su control interno y la responsabilidad corporativa y, especialmente, asegurando la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor.

XI.

El pasado 14 de octubre de 2013, como es sabido, la Comisión de Expertos presentó el informe de sus actuaciones¹⁶. Obviamente no es éste lugar para valorar la oportunidad de sus propuestas. Baste señalar, como opinión muy a vuela pluma, que el Informe es un claro ejemplo de cuanto dijimos con anterioridad sobre el gobierno corporativo en tiempos de crisis (hard law, normas imperativas de defensa de minorías). Por lo que se refiere a las cuestiones hoy pertinentes, el Informe no realiza grandes aportaciones. Fortalece el deber de información de los administradores, pero no da solución a los problemas de diseño corporativo sobre la información contable, su elaboración, procesamiento, formulación y responsabilidad.

En este último sentido, la Comisión de Auditoría continúa en su indefinición entre delegada o ejecutiva respecto del órgano de administración. Continúa incluyéndose entre sus funciones la supervisión del control o la auditoría interna (propuesta de art. 529 quaterdecies, 4.b LSC¹⁷) si bien nada se dice sobre cómo debe ser esa auditoría interna o, ni siquiera, si debe existir o no. Bien es cierto que la alte-

¹⁵ La composición de sus miembros se especificaba en la Resolución de 21 de mayo de 2013, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se nombran los miembros de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo; completada por la Resolución de 5 de junio de 2013, por la que se nombran los vocales suplentes de la Comisión.

¹⁶ http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CEGC_EstModif_20131014.pdf.

No deja de resultar de gran interés ver cómo en el momento en el que esto se escribe, en el Derecho mercantil español encontramos dos textos prelegislativos en abierta competencia. Nos referimos al mencionado Informe de la Comisión de Expertos y a la parte de Derecho de sociedades (arts. 211-1 a 293-6) del Proyecto de Código Mercantil de junio de 2013.

¹⁷ En sentido muy similar el art. 283-43.4.b) PCM.

ración sobre el régimen general de solidaridad en la responsabilidad de administradores puede, sin soporte en el diseño corporativo, exigir una mayor diligencia, ergo responsabilidad, de los miembros de tal Comisión.

XII.

La cuestión de la auditoría o control interno es uno más de los elementos que en España precisan, en nuestra opinión, una mayor definición. Y es que el modo en que en nuestro país se articula el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas deja espacio a ciertas dudas por lo que afecta al modo concreto en que las disposiciones deben ser cumplidas. En particular, y por ejemplo, la necesidad de que las sociedades cotizadas estén dotadas dentro de su estructura funcional de un órgano de auditoría interna.

La cuestión se construye sobre la base del vigente apartado 4.2.^a de la Disposición Adicional 18.^a de la Ley del Mercado de Valores. Dicho precepto atribuye al Comité de Auditoría —de conformación imperativa en el seno del Consejo de Administración de estas sociedades—, el deber de «supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna, en su caso¹⁸, y los sistemas de gestión de riesgos, así como discutir con los auditores de cuentas o sociedades de auditoría las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría». Queda, por tanto, la necesidad de delimitar los perfiles concretos con los que el legislador pretende que se cumpla dicha premisa.

Esta disposición ha de ser entendida en relación con dos normas de mayor alcance, y que nunca deben olvidarse en todas las materias que aborda el Dr. ÓLMEDO en su obra. Por un lado, el derecho constitucionalmente reconocido a la libertad de empresa (art. 38 CE, en combinación con el derecho a la propiedad privada del art. 33), del que se deriva la facultad del empresario de articular los recursos de que dispone del modo que considere más idóneo para la consecución del fin social. A este respecto, el empresario podrá disponer la estructura interna de los distintos departamentos que integran la sociedad de la forma que considere más adecuada para lograr el objeto social.

De otro lado, la normativa sobre la auditoría interna ha de entenderse en el marco del art. 25.1 del Código de Comercio que impone imperativamente que «todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un se-

¹⁸ Adviértase que el Derecho vigente incluye la expresión «en su caso» que ha desaparecido en el Derecho proyectado: Informe y PCM.

guimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios ()». Pese a quedar disuelto en lo general de la dicción de la norma, este precepto jurídico-contable debe interpretarse en el sentido de que, al imponerse al empresario el deber de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a la actividad de su empresa, se está fijando paralelamente el deber que incumbe a éste de dotar dentro de su estructura organizativa los medios necesarios para la consecución de tal fin. Es decir, dentro de la concreta conformación orgánica de la sociedad y, en ejercicio de la libertad de empresa, el empresario deberá garantizar que su sociedad dispone de los mecanismos precisos para que la contabilidad que elabora la empresa sea adecuada a las exigencias de la normativa y permita reflejar la imagen verdadera y fiel de la situación económica, financiera y patrimonial de la sociedad.

El desarrollo ulterior de estas ideas se produce con respecto a las sociedades cotizadas, las cuales, por su propia naturaleza, han de estar dotadas dentro de su estructura organizativa de mecanismos contables más desarrollados dada la mayor complejidad de sus operaciones y las mayores necesidades en el plano informativo. A este respecto, al imponerse al Comité de Auditoría el deber de supervisar el sistema de control interno, de auditoría interna y de control de riesgos de la sociedad, no se está haciendo otra cosa que imponerles el deber de garantizar que la sociedad dispone de mecanismos necesarios para dar un correcto cumplimiento a las exigencias de información contable, y también de los medios necesarios para controlar y detectar las situaciones de riesgo financiero en el seno de la sociedad.

¿Se deriva de todo lo expuesto hasta aquí que las sociedades cotizadas españolas han de estar necesariamente dotadas dentro de su estructura de un órgano de auditoría interna? Es decir, ¿es imperativo que dentro de su configuración funcional las sociedades cotizadas cuenten con una serie de sujetos especializados para el desarrollo de estas funciones de control interno, análisis contable y gestión de riesgos? A nuestro juicio la respuesta ha de ser negativa y los textos proyectados no nos aportan mucha más luz.

Ello se basa en que lo que hace la normativa imperativa específicamente es imponer la necesidad de cumplir un deber a los efectos de conseguir un objetivo. Esto es, la normativa impone a la sociedad que esté dotada de mecanismos de control y auditoría interna suficientemente operativos de modo que permitan garantizar una adecuada gestión de riesgos, un correcto control contable y la provisión de mecanismos de alerta ante situaciones de desequilibrio financiero (financial distress). El modo concreto en que se lleve a cabo el cumplimiento de esta función, dependerá de la configuración de cada sociedad y ésta, a su vez, se concretará en función de las necesidades precisas de cada entidad.

Dicho de otro modo, lo imperativo es el desarrollo de una función de auditoría interna, control contable y gestión de riesgos al interno de la sociedad, con independencia del modo concreto en que se dé cumplimiento al mismo. Así, puede haber sociedades cotizadas que consideren que la constitución de una sección de auditoría interna dentro de su estructura funcional es el medio más adecuado para satisfacer los requerimientos de la función de control interno; en otras, en cambio, podrá cumplirse esta función imperativa y necesaria a través de otros medios, como puede ser la contratación a otras sociedades o a expertos independientes de los servicios de control interno que se han de desarrollar en el seno de la propia sociedad, es decir, que se comisione la función de control a expertos contables y auditores internos independientes; por fin, cabe asignar dichas funciones a otras estructuras orgánicas de la sociedad.

Lo que sí es, en cambio, completamente imperativo, tanto conforme al Derecho vigente como al proyectado, es que el Comité de Auditoría de las sociedades cotizadas vigile y garantice el correcto funcionamiento de los mecanismos de control interno y de gestión de riesgos que se hayan articulado para dar cumplimiento a estas funciones¹⁹. Así, los miembros del Comité deberán desarrollar cuantas conductas sean necesarias para asegurar y garantizar que se han dispuesto los mecanismos —a través de la formación de órganos o secciones al interno de la sociedad, o recurriendo a otros medios— adecuados para dotar a la sociedad de un sistema de control interno, gestión de riesgos y auditoría interna adecuado a las necesidades de ésta.

Estas conclusiones son soportadas, al mismo tiempo, por los Códigos de Buen Gobierno. En tal dirección, la recomendación número 41 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas invita de forma expresa a «que las sociedades cotizadas dispongan de una función de auditoría interna que, bajo la supervisión del Comité de Auditoría, vele por el buen funcionamiento de los sistemas de información y control interno». De esta recomendación hemos de subrayar que hace referencia a la necesidad de disponer de una función de auditoría interna —con independencia del modo concreto en que ésta se articule—, encomendándose al Comité de Auditoría la garantía de su funcionamiento. Igualmente, hay que destacar que la recomendación señalada hace referencia al funcionamiento de los sistemas de infor-

¹⁹ En el documento UE: *Política de auditoría: lecciones de la crisis*, de octubre de 2010, se defiende el fortalecimiento de la auditoría interna para redefinir las funciones [y responsabilidades de la auditoría externa (p. 8)]. Se puede consultar en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0561:FIN:ES:PDF>.

Vid. el trabajo de GARCÍA BENAÚ, ZORIO GRIMA y NOVEJARQUE CIVERA, «Políticas europeas sobre auditoría en tiempos de crisis», *Revista Gallega de Economía*, vol. 22, 2013-1, pp. 229 a 247, y la bibliografía allí citada (pp. 245-247).

mación y control interno, no refiriéndose de forma necesaria a órganos o estructuras internas dentro de la sociedad.

A mayor abundamiento, la recomendación 42 del mismo Código Unificado dispone la necesidad de que «el responsable de la función de auditoría interna presente al Comité de Auditoría su plan anual de trabajo; le informe directamente de las incidencias que se presenten en su desarrollo; y le someta al final de cada ejercicio un informe de actividades»²⁰. A nuestro juicio es bastante expresivo que la norma haya optado por hacer alusión al responsable de la función de auditoría y no se mencione a la dirección financiera y contable de la sociedad o al director del órgano que tenga encargada la función de auditoría y control interno. Con ello se deja la posibilidad que sostenemos de que dichas funciones sean desarrolladas al margen de la existencia de una estructura orgánica especializada al interno de la sociedad, pudiéndose articular su cumplimiento a través de sujetos independientes a la empresa o a través de otros mecanismos que se consideren más adecuados en atención a las características propias de la empresa.

En relación con estos sistemas de información y control interno, ha de corresponder al Comité de Auditoría la gestión de los riesgos que se hayan identificado por dichos mecanismos, así como informar a la administración de la sociedad sobre los mismos. Del mismo modo, en su deber de garantizar la correcta articulación de la función de auditoría interna, el Comité de Auditoría ha de garantizar y proveer los medios necesarios para que los sujetos que han de cumplir tal función sean independientes y eficaces, para lo cual deberán promover las medidas oportunas por lo que afecta a su configuración concreta, selección, nombramiento, reelección y cese. Del mismo modo, quienes desarrollen dicha función deberán informar periódicamente al Comité de las actividades que llevan a cabo, debiendo garantizar el Comité de Auditoría que la alta dirección de la sociedad está actuando en atención a la información que se emite por dicha función.

El Código de Buen Gobierno está prestando especial atención (vid. recomendación 45.I.º.c) a que para garantizar el correcto funcionamiento de la función de control interno, la sociedad disponga de adecuados mecanismos de whistleblowing, de modo tal que cualquier empleado de la sociedad pueda comunicar de forma confidencial y, en su caso, anónima, las deficiencias que aprecie en el desarrollo de estas funciones, especialmente por lo que se refiere a las irregularidades con transcendencia financiera y contable, o las desviaciones en la información que sea emitida.

²⁰ Vid. J. FALEATO RAMOS, «Auditoría interna: El eslabón del buen gobierno», en *Partida doble*, núm. 180, 2006, pp. 78-85.

En conclusión, la normativa legal y el Código Unificado de Buen Gobierno no imponen de forma imperativa que la sociedad constituya un órgano de auditoría y control interno en el seno de su estructura, sino simplemente el cumplimiento de dichas funciones. Para su adecuado desarrollo, se impone al Comité de Auditoría el deber de velar por el correcto funcionamiento de los mecanismos que se hayan dispuesto para el cumplimiento de dicha función, debiendo garantizar que son suficientes para alcanzar los objetivos que se le atribuyen. El modo en que cada sociedad haya de disponer el cumplimiento de su función de auditoría y control interno dependerá, necesariamente, de las características concretas de la empresa. La situación no va a cambiar con las normas actualmente proyectadas, si bien sería deseable que, en el exclusivo ámbito de las sociedades cotizadas, se aclarase la extensión de la obligación legal.

XIII.

Volviendo a la obra, coincidimos con el Dr. OLMEDO cuando señala que uno de los objetivos básicos de la construcción de un sistema adecuado de gobierno corporativo es la consecución de un equilibrio adecuado de poderes entre los distintos órganos que componen la empresa. Si se sigue una lógica de términos generales, toda información —y dentro de ella entendemos la información contable— es poder; al mismo tiempo el control de esta información como fuente de poder —dentro de la estructura de la sociedad— ha de conllevar para las personas encargadas de su elaboración y procesamiento, una responsabilidad.

XIV.

Para el desarrollo del análisis, la obra parte de la comparación de los modos en los que se articula el deber contable en los principales modelos de gobierno (board models) en razón de la estructura orgánica de las sociedades de capital. Partiendo de la distinción entre modelos monistas, dualistas e híbridos, se llega a la conclusión de que, en línea de máxima ninguno de los modelos de governance debiera ser mejor que los demás por lo que respecta al cumplimiento de los deberes, siempre que se construya un adecuado sistema de control de la información que se elabora en el interior de la sociedad. Piénsese en la de tópicos compartidos entre los informes CADBURY y WINTER. En este sentido, sin embargo, se pone de manifiesto que en aquellos modelos de gobierno que presentan una estructura dualista, en la que se encomienda a un órgano la supervisión y control de la actuación de la dirección y del funcionamiento general de la sociedad, la posibilidad

de conseguir un adecuado cumplimiento de los deberes contables será mayor. Esto se pone de manifiesto en el sistema de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas españolas, en las que, a raíz de la reforma introducida por la Ley de Transparencia, resulta obligatoria la constitución de un Comité de Auditoría. Con ello, se introduce en nuestro ordenamiento una suerte de sistema de gobierno dualista atenuado o monista reformado, evitando así el tránsito hacia estructuras dualistas en el gobierno de las sociedades de capital españolas. No compartimos completamente la favorable impresión del autor por el sistema español de monismo reformado. Las competencias indelegables del órgano de administración, la elaboración de la información en sede ejecutiva de las compañías, la competencia de sus miembros al margen de su independencia²¹, las facultades supervisoras y prescriptivas y, en general, la falta de definición de la naturaleza y competencias de control de la Comisión de Auditoría frente al órgano de administración, consideramos que impiden convertir a la Comisión de Auditoría en un poder equilibrador.

En sus reflexiones el Dr. OLMEDO no esconde su predilección, fundada, por los modelos de gobierno corporativo de corte dualista o en los que hay una mayor separación entre funciones de pura administración y de supervisión y control. Desde una perspectiva crítica, el autor evidencia en este estudio las virtudes que, por lo que respecta a la calidad de la información contable generada en el seno de las sociedades, presentan dichos sistemas de gobierno corporativo. Así, pese al fracaso de la propuesta de Quinta Directiva y al escaso uso que se está haciendo —por el momento— de la Sociedad Anónima Europea con estructura dualista²², tras un análisis de Derecho comparado, se ponen de manifiesto los mayores controles de la información que, al menos desde el plano normativo, ofrecen los sistemas dualistas de gobierno respecto a los monistas. No obstante, como se razona en las páginas de esta obra, el acento del debate no ha de ponerse tanto sobre si es mejor estructurar la administración de las sociedades de capital en torno a un único órgano o a dos órganos, sino a cómo se debe proceder a construir un sistema adecuado de distribución de competencias y responsabilidades, de poderes y controles, en el gobierno de la socie-

²¹ En este sentido, el Libro Verde del Gobierno Corporativo, con base en estudios empíricos, señalaba que el 37 por 100 de los comités de auditoría no cuenta entre sus miembros con un director financiero o un antiguo director financiero (p. 6 y nota 21). Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_es.pdf.

De interés el trabajo de J. SÁNCHEZ-CALERO, «Autonomía y responsabilidad de las Comisiones del Consejo (Auditoría y Nombramientos y Retribuciones)», en *RDBB*, núm. 127, 2012, pp. 237-250.

²² Vid. J. I. PEINADO GRACIA y P. BENAVIDES VELASCO, «La sociedad anónima europea», en AAVV, G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil*, t. I, vol. II, Madrid, 2010, pp. 447-477.

dad. A estos efectos, una adecuada distribución de competencias y un adecuado sistema de supervisión y control instaurado en el marco de un sistema monista puede ser igualmente efectivo que una división real de competencias entre dos órganos, más propia de los sistemas dualistas. Éste es el camino que parece haber elegido el legislador español, a través de la formación del Comité de Auditoría dentro del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas españolas, así como el modelo que se pretende impulsar, por la vía del derecho blando, a través de los códigos de buen gobierno.

XV.

Es un principio básico de la construcción de los sistemas de gobierno corporativo que cada sociedad deba dotarse de una estructura adecuada a las necesidades a las que deba hacer frente. Si bien esta premisa se constata en la configuración del modo de cumplimiento del deber contable, también está presente en la construcción de los mecanismos de control sobre tal información y la actuación de los administradores.

De este modo, el cumplimiento adecuado del deber de contabilidad requiere una cierta distribución de las competencias en el cumplimiento del deber, de forma que no exista una concentración excesiva de poder en la elaboración de la información contable. Así, en los sistemas dualistas se lleva a cabo una primera distribución de competencias en el interior de la sociedad, articulada en la división entre la elaboración de la información contable —que corresponde a los administradores de la sociedad— y su control —atribuido al órgano de supervisión (sea éste Collegio Sindacale, Comitato per il controllo sulla gestione, Aufsichtsrat)—. En otros casos —que pueden ser considerados como el supuesto base en nuestro ordenamiento—, el control del cumplimiento de los deberes contables se lleva a cabo a través de la intervención de un sujeto externo a la estructura de la sociedad, el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría. Obviamente, este control, articulado a través de un profesional externo a la empresa, permite garantizar un control más eficiente de la corrección de la información que la sociedad ofrece. Sin embargo, el sistema presenta aún la gran carencia de que la opinión del auditor carece de carácter vinculante. En último lugar, las sociedades de menor dimensión, no disponen de una estructura específica de control —al no estar sometidas a auditoría—, debiéndose desarrollar éste, en las sociedades de responsabilidad limitada, a través de la intervención de los propios socios en el ejercicio de su derecho de información. Esta solución puede resultar deficiente en ciertos casos, pues, si bien es lógico que en las sociedades de dimensiones más reducidas el interés de los socios en su funcionamiento es mayor —a

diferencia del fenómeno de apatía racional que define el desinterés de los socios sobre la gestión de las grandes sociedades—, ello no significa necesariamente que éstos se encuentren en condiciones o estén dispuestos a ejercitar un control efectivo.

XVI.

Los distintos sistemas articulan el control de la información contable elaborada por los administradores, en función de presunciones de complejidad de la estructura de la sociedad. Así, en las sociedades de responsabilidad limitada —cuando no se alcancen los límites que hagan imperativo el sometimiento de las cuentas a auditoría—, la función de control se articula a través del derecho de información de los socios. En segundo lugar, las sociedades que adoptan un modelo de gobierno dualista, confían el control contable al órgano de supervisión. Es normal —en tercer término— que las sociedades que superan unos determinados límites cuantitativos en su actividad (aquellas que no son pymes) estén obligadas a someter sus cuentas a un control externo —revisión por auditoría—. Finalmente, el modelo monista español impone desde el año 2002 la constitución de un Comité de Auditoría dentro del Consejo de Administración de sus sociedades cotizadas, a efectos de conseguir un mayor control sobre el adecuado cumplimiento de los imperativos contables.

XVII.

En el gobierno de las sociedades de responsabilidad limitada, pensadas para estructuras empresariales menos exigentes, se pretende simplificar las exigencias de su configuración jurídica que impliquen incurrir en unos costes que no sean proporcionales para la consecución de los fines que a través de ellos se persiguen. En concreto, ello ocurre con el control contable cuando estas sociedades no alcancen los límites marcados por la legislación que les exija someter sus cuentas a auditoría. En tales casos se ha de hacer recurso a la configuración más amplia que tiene el Derecho de información de los socios en este tipo de sociedades, que les permite no sólo tener conocimiento de los documentos contables que se someterán a aprobación en la Asamblea, sino también consultar los libros y registros contables de los que traen causa tales documentos. Sin embargo, este sistema de desplazamiento del control a la propiedad de la sociedad puede resultar deficiente. Del mismo modo, en el sistema español este especial contenido del derecho de información sólo se reconoce en las SRL, de modo tal que las sociedades anónimas que tengan escasa dimensión y que no se superen las cifras establecidas para obligarlas a revisar sus cuentas por auditoría,

quedarían desprovistas de cualquier tipo de control efectivo de que las cuentas reflejen la situación real de la empresa, de conformidad con los libros y registros contables.

XVIII.

La segunda forma de control sobre la adecuación de la información contable es la que se ofrece en las sociedades de capital que presentan una estructura dualista en las que entre las tareas que se encomiendan al órgano de supervisión se encuentra normalmente el control sobre el contenido de los documentos contables elaborados por los administradores antes de someterlos a su aprobación por la Junta General. En los sistemas dualistas más puros —como el alemán o el dualista italiano—, además, este órgano de control tiene encomendada la atribución de aprobar las cuentas anuales.

XIX.

Finalmente, parece que el mecanismo más eficiente para conseguir un control efectivo de la información contable que elaboran los administradores es el llevado a cabo por los auditores de cuentas. A través de la revisión por auditoría se aplican unos procedimientos técnicos para verificar que los documentos contables de síntesis que se elaboran reflejan la imagen fiel de la situación de la empresa, que se corresponden con los datos económicos contenidos en los libros y registros de contabilidad y que se ha procesado tal información siguiendo la normativa de contabilidad. Sin embargo, como se advierte acertadamente en esta obra, la efectividad del control desarrollado por los auditores no sólo depende del modo de proceder en concreto de éstos, sino que en su actuación precisarán de la colaboración de los administradores de la sociedad. Así, cuando la información que los administradores ponen en sus manos está incompleta o alterada, o cuando ponen obstáculos al desarrollo normal de su actividad, la eficacia de la actuación de los auditores puede resultar comprometida²³. Al respecto resulta crucial determinar, en estos supuestos, cómo será

²³ Tampoco es despreciable la posible existencia de conflicto de interés de algunas firmas en las que, con las salvaguardas legalmente exigidas, los servicios de auditoría y de consultoría se prestan a un mismo cliente.

La Comisión Europea ha mostrado su preocupación por estos servicios no de auditoría por empresas a las que ya se prestan servicios de auditoría. El sistema UE contrasta con el de US toda vez que a la libertad del primero confrontamos la prohibición absoluta del segundo. Esta preocupación se recoge en el documento: *Política de auditoría: lecciones de la crisis*, de 13 de octubre de 2010, p. 14 (y notas 23 y 24). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0561:FIN:ES:PDF>.

la relación en que se resuelva esta posible situación de concurrencia de culpas en caso de un resultado dañoso.

XX.

Se centra, seguidamente, la obra de OLMEDO en las responsabilidades por incumplimiento de los deberes contables y el sistema de acciones de responsabilidad. Siguiéndose los esquemas tradicionales al respecto, puesto que no existe una normativa específica, el ejercicio de estas acciones requiere la existencia de un daño a un sujeto —que podrá ser interno o externo a la sociedad, o incluso ser la propia sociedad—, y una relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento del deber. De este modo, se podrán utilizar la acción social de responsabilidad o la acción individual de responsabilidad, según las reglas generales de las mismas.

Pero, fundamentalmente, el principal problema que se encuentra cuando se trata de aplicar estas reglas societarias generales sobre las acciones de responsabilidad en el contexto de los incumplimientos contables es precisamente la existencia de una concurrencia de culpas, es decir, que la intervención de diversos sujetos en la conformación y verificación de la información contable hace difícil individualizar las responsabilidades puesto que cada uno de ellos contribuye, en su propia medida, a alcanzar el resultado final, es decir, a la conformación definitiva de la información contable de la sociedad.

Para individualizar las responsabilidades de cada sujeto que interviene en el proceso de formación de la información contable es necesario considerar el grado de participación efectiva que cada uno

La Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, sobre política de auditoría: lecciones de la crisis (2011/2037(INI)) disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0359+0+DOC+PDF+V0//ES> en sus párrafos 29 y 30 ha abordado el tema, en nuestra opinión, de forma muy decepcionante porque al margen de una afirmación general sobre la independencia de los auditores y el art. 22.2 de la Directiva 2006/43/CE, acaba valorando positivamente la información que las empresas de auditoría recaban en esas otras labores (así el Parlamento «reconoce que la prestación de servicios distintos del de auditoría, cuando no sean incompatibles con la independencia del auditor, pueden desempeñar un papel esencial en la ampliación de la base de conocimientos de las sociedades de auditoría pequeñas y medianas») lo que no puede ser sino decepcionante para casi todo el mundo (excluimos por tanto a las firmas de auditoría) y además supone una negación del sistema de separación funcional o murallas chinas. Además el Parlamento propone un sistema de lista de servicios prohibidos que no deja de ser un estímulo a la elusión imaginativa.

Resulta de algún interés el trabajo (de imposible ubicación), «“The influence of extra-audit services on the auditor independence: the Stakeholders” perception», en *Book of Proceedings – Tourism and Management Studies International Conference Algarve*, 2012, vol. 3, pp. 982-994, donde se hace una parcial revisión de la literatura sobre la materia. Disponible también en: <http://tmstudies.net/index.php/ectms/article/view/481/843>.

de ellos ha tenido en la producción del hecho dañoso, así como la magnitud de su intervención. De este modo, no se deberá valorar en la misma medida la intervención de los administradores —que, en todo caso, supone una actuación positiva en la redacción de los documentos contables—, que la intervención de los auditores o de los eventuales órganos de supervisión —cuyas atribuciones consisten en el control o la supervisión de la información elaborada—. Este problema se pone de manifiesto también en los casos de delegaciones en el interior del órgano de administración de la sociedad, si bien, como se defiende en esta obra, la responsabilidad no puede ser jamás delegada, siendo ésta una premisa fundamental en garantía de los intereses de terceros ajenos a la empresa.

Paralelamente a la posibilidad del ejercicio de acciones conjuntas y al eventual concurso de culpas de los distintos sujetos, el objetivo fundamental que se persigue con este trabajo es ofrecer una hoja de ruta para individualizar los incumplimientos de cada uno de los órganos sociales que intervienen en el cumplimiento de los deberes contables y analizar el modo en que de los mismos se puede generar responsabilidad. Como parece evidente, la delimitación de la responsabilidad no es simple y, en principio, a causa de la dificultad existente para individualizarla, se debe considerar la solidaridad de cara al exterior de los sujetos que hayan intervenido en el proceso contable. En cambio, a nivel interno, es decir, en las relaciones entre los órganos sociales, esta solidaridad no se debe mantener, pudiéndose repetir —una vez satisfecha la responsabilidad externa solidariamente— en el interior de las relaciones societarias contra el sujeto u órgano específicamente responsable.

Para eximirse de responsabilidad, los sujetos que intervienen en la formación de la información contable han de manifestar expresamente su oposición a los documentos contables de los que se deriva el daño, así como demostrar haber hecho todo lo que hubiera sido posible para evitar la producción del resultado dañoso. Esta necesidad de individualizar la intervención de cada sujeto en la producción del daño efectivo que se deriva de la información contable inexacta se encuentra, de nuevo, con otro problema: el distinto título jurídico sobre la base del cual intervienen los distintos sujetos y órganos, que podrá ser la atribución orgánica de un deber, una delegación del cumplimiento de éste, o bien, tener un origen contractual. Este último título es el que caracteriza la relación de la sociedad con los auditores o la sociedad de auditoría en el contexto del arrendamiento de obra que supone la auditoría. El carácter contractual de esta relación no significa, sin embargo, que los auditores no sean responsables de su actuación o que sólo respondan sobre la base del contrato estipulado con la sociedad. Como se sostiene en esta obra, a través de la disciplina de la

información contable se protege un interés de carácter público y, en consecuencia, la actividad de auditoría presenta también este carácter de interés público. Por ello, los auditores o la sociedad de auditoría han de responder tanto frente a la propia sociedad como frente a terceros de los resultados lesivos que tengan su origen directamente sobre la información inexacta que se derive de la auditoría efectuada desatendiendo las normas que la disciplinan. De este modo, el autor sostiene la existencia de una responsabilidad directa de los auditores frente a terceros, cuando el daño sufrido por éstos se haya generado sobre la base de una auditoría viciada, siempre que su irregularidad sea imputable a la actuación del auditor y no se debe a la injerencia de los administradores de la sociedad.

En esta obra se comprueba cómo la construcción del sistema de responsabilidades contables que se lleva a cabo en los actuales sistemas de gobierno corporativo no ofrecen mecanismos coercitivos suficientes que garanticen el adecuado cumplimiento de los deberes y la calidad de la información que se elabore. Las sanciones directas no resultan viables desde el punto de vista del análisis económico; mientras que las sanciones indirectas que se articulan a través de las acciones de responsabilidad y la responsabilidad concursal sólo resultan eficientes ex post, es decir, que sólo producen sus efectos una vez se ha producido el daño, y sólo en esos casos.

Por ello, propone el autor que el modo adecuado para resolver esta situación deba ser la construcción de un sistema más adecuado de gobierno corporativo que suponga una distribución más efectiva y clara de las atribuciones y de las responsabilidades, así como la articulación de mecanismos de whistleblowing que permitan a cada órgano o sujeto que participa en el proceso de formación de la información contable poner de manifiesto los incumplimientos y los errores que se hayan cometido por los demás sujetos intervinientes.

XXI.

Para finalizar ya (sí, este prólogo tiene fin). En la doctrina española contábamos con trabajos de gran envergadura en materia de Derecho contable y control. Sin embargo, en la actualidad estos temas ni preocupan a la dogmática ni el legislador español encuentra un rumbo claro en garantía de todos los intereses implicados. Así el trabajo de OLMEDO es un trabajo valiente y absolutamente necesario para adentrarse en las materias que le dan título: el gobierno corporativo, los deberes de generación y control interno y externo de la información contable, y el sistema de responsabilidades. Y su utilidad no está sólo en que sabe tratar con madurez, donosura y aguda inteligencia los problemas que se plantean actualmente por la doctrina y la

práctica, sino que introduce los elementos necesarios para guiarse en los cambios que habrán de venir derivados de la reforma del Derecho de sociedades español, de los cambios en las tendencias del gobierno corporativo en Europa y US, y de la reforma europea de todo el sistema de auditoría interna y externa.

* * *

Málaga, 1 de diciembre, San Eloy. San Eloy era un dechado de capacidades, virtudes y talentos: orfebre, tesorero y obispo de Noyon en el 659. Clotario II le encomendó al joven Eloy que le fabricara un trono adornado con oro y piedras preciosas. Pero con el material recibido el joven artista hizo dos hermosos tronos, siendo la admiración del Rey. Por su carácter independiente y confiable fue al tiempo, al servicios de los francos, Consejero y Tesorero descubriendo que cuando como él se tiene una personalidad profundamente honrada y conciencia delicada, centrar la atención en el efecto moralizante de las normas puede ser idolatría o tentación del maligno.

Juan Ignacio PEINADO GRACIA
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDADES CONTABLES.—LA APROXIMACIÓN HACIA LO CONTABLE DESDE EL GOBIERNO CORPORATIVO.

LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDADES CONTABLES

La regulación de la información económica de las empresas está experimentando un proceso de transformaciones radicales. Las reformas impulsadas por el legislador europeo en materia contable persiguen en gran medida la protección de los intereses implicados en la correcta llevanza de la documentación contable por las empresas, intereses que trascienden la estructura de éstas. Este proceso de reconocimiento de intereses *públicos* en la contabilidad exige una cierta objetivación de las formas de representar la información así como un reforzamiento de los deberes de publicidad. Desde la óptica de la construcción de un sistema de buen gobierno de las sociedades, estos cambios nos deben llevar a cuestionarnos si se puede construir un sistema de responsabilidades del empresario por su contabilidad y cuáles han de ser los parámetros con que se perfilen sus contornos¹.

Este sistema de responsabilidades, por otro lado, no es algo novedoso, pues es una exigencia que se deriva de la propia IV Directiva (art. 50 quáter), en tanto que obliga a los Estados miembros a garantizar que sus disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre

¹ En la elaboración del Derecho contable, la doctrina empieza a plantearse si se encuentra éste ya en un grado de desarrollo suficiente que permita la construcción de un sistema de responsabilidades contables. En este sentido, E. BOCCHINI, «Scritture contabili», en *Diritto della contabilità delle imprese*, vol. I., Milano, UTET, 2008, p. 11.

la responsabilidad se apliquen a los miembros de los órganos de administración, dirección y supervisión, como mínimo ante la sociedad, por la infracción de las obligaciones de redactar y publicar la información contable relativa a la empresa.

La construcción de este sistema de responsabilidades se asienta en un plano harto complejo. La contabilidad es un campo de estudio muy fértil desde las ciencias económicas y empresariales, pero desde la perspectiva jurídica ha recibido escasa atención. Cuando se ha realizado una aproximación a los aspectos contables de las empresas desde la óptica del Derecho, ésta ha tenido lugar mediante su análisis desde diversas ramas, fundamentalmente desde las perspectivas mercantil y tributaria. Naturalmente, el estudio de las responsabilidades derivadas de la contabilidad compete —al menos principalmente— al Derecho mercantil².

En la construcción del Derecho contable, la lógica económica ofrece los criterios necesarios para orientar las normas jurídicas y definir los rasgos de los deberes que se imponen a los sujetos en este plano. Tal lógica permite explicar las opciones legislativas y fundamentar su desarrollo: contribuye a la definición de las normas contables y ofrece los criterios de valoración más adecuados. Sin embargo, precisaremos un razonamiento jurídico —*rectius*, jurídico-privado— para inducir el

² Pese a tratarse de un ámbito central en las estructuras del Derecho de la empresa, se acusa el descuido con el que la doctrina jurídica atraviesa las instituciones contables. Como se ha puesto de manifiesto, «con la progresiva juridificación de estas "reglas del arte" contable (...) no sólo se incrementa el campo de estudio del jurista, sino que este incremento se produce además en una zona en que el Derecho, por extraerse directamente del campo de la Economía, fuerza al intérprete a una familiarización con conocimientos, que escapan a su proceso de formación tradicional. Esto explica la insuficiente atención que los juristas, en particular la doctrina jurídico-mercantil, de todos los países han prestado al Derecho contable (...), sin que las contribuciones desde otros campos, como las procedentes del área del Derecho fiscal o de los propios cultivadores de la Ciencia económico-empresarial justifiquen, ni puedan suplir realmente tal abandono, porque el "plus" que representa la conversión en normas jurídico-privadas de estas reglas y principios contables obliga a operar con una peculiar lógica de razonamiento en el manejo de ese material normativo, la propia del "privatista", que no puede darse a su vez por divulgada», J. M. GONDRA ROMERO, «Significado y función del principio de "Imagen Fiel" ("True and fair view") en el sistema del nuevo Derecho de Balances», en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pp. 588-589, n. 52.

Ante el difícil panorama, resultan estimulantes las palabras del profesor F. VICENT CHULIÁ, «En torno al concepto y fuentes del Derecho contable», en IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Madrid, Civitas, 1996, p. 612, al razonar que «el Derecho contable espera que los mercantilistas españoles se acerquen al mismo con mayor seguridad, con los utensilios conceptuales bien afilados del Derecho civil patrimonial, sin complejos-de-no-saber-contabilidad, para estudiar lo que es de su estricta competencia: Qué es el Derecho contable como conjunto de normas jurídicas, escritas o no, qué regula, qué características peculiares tiene, qué sujetos están sometidos al mismo, de qué forma se crea y se aplica y qué cuestiones o conflictos resuelve».

sistema de responsabilidades que se pueden exigir al empresario cuando se contravenga la normativa sobre contabilidad. Con este fin, en nuestro análisis emplearemos el razonamiento jurídico para analizar cómo las instituciones propias del Derecho privado intentan dar solución a los conflictos de intereses que se pueden generar en el cumplimiento de los deberes contables en las sociedades de capital. De esta aleación de sustancias económicas y jurídicas deduciremos que el Derecho, una vez más, va a la zaga de las necesidades sociales y económicas y que las instituciones jurídico-privadas no siempre están lo suficientemente adecuadas como para dar solución satisfactoria a todos los problemas que pueden plantearse en el plano contable³.

El objetivo de este estudio es precisamente analizar los fines que desde una lógica económico-contable se exigen a las normas jurídicas que regulan los deberes contables y estudiar cómo tales normas tratan de dar solución a las controversias que de su incumplimiento se derivan. Para ello estudiaremos cómo las instituciones propias del Derecho mercantil pueden ser utilizadas para responder a los problemas de exigencia de responsabilidad en sus distintos momentos, proponiendo también aquellas modificaciones que resultan necesarias para su encaje en un ámbito singular como es el propio del cumplimiento del deber de contabilidad. Con ello se pretende, igualmente, hacer una modesta aportación a la elaboración del Derecho contable, rama del ordenamiento que clama un reforzamiento desde su propia base⁴.

³ Como se ha planteado, estamos en un momento en que se ha de hacer frente a la exigencia científica de repensar el contenido y los límites de la adaptación a la materia contable de las teorías e instituciones propias del Derecho privado (relativas a los bienes, a la nulidad, a la responsabilidad), originariamente articuladas en consideración de los contratos sinalagmáticos fundamentalmente, a la espera que el legislador dicte una disciplina autónoma de la materia (E. BOCCHINI, *Scritture contabili*, *op. cit.*, p. 11). El legislador italiano ha comenzado a recorrer este camino, disponiendo, por ejemplo, una especial regulación de la invalidez (del acuerdo de aprobación) de las cuentas anuales en el art. 2.434 bis del Codice Civile italiano.

⁴ Después de un tímido y lento proceso de desarrollo, puede afirmarse que el Derecho contable en España ha alcanzado ya una cierta madurez. Tal afirmación puede retenerse gracias a aportaciones como las de los profesores J. BLANCO CAMPAÑA, *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid, Lucentum, 1980; *Id.*, *El Derecho contable en España*, Madrid, Instituto de Planificación Contable, 1983; A. MARINA GARCÍA-TUNÓN, *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Valladolid, Lex Nova, 1992; F. VICENT CHULIÁ, «En torno al concepto y fuentes...», *op. cit.*; *Id.*, «Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima», en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VIII, vol. 1.º, Madrid, Civitas, 2000; R. ILLESCAS ORTIZ, «Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales», en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VIII, vol. 2.º, Madrid, Civitas, 1993; *Id.*, «La formulación de las cuentas anuales de la Sociedad Anónima», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 1925-1940; J. M. GARRETA SUCH, *Introducción al derecho contable*, Madrid, Marcial Pons, 1994; F. J. LEÓN SANZ, *La publicidad de las cuentas anuales en el Registro Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997; L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «Publicidad registral de estados contables y financieros, el llamado "depósito de cuentas"», en *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, Madrid, Colegio Nacional

Para la construcción del sistema del Derecho contable en las estructuras del gobierno corporativo de las sociedades de capital, en primer lugar, tendremos que considerar cuáles son los principales fines que se persiguen a través de la contabilidad y los intereses que pueden verse afectados por la correcta —o no— llevanza de contabilidad, igualmente será necesario plantear si tales intereses merecen protección jurídica y de qué tipo. Una vez identificados los intereses —*abstractos*—, se deberá pasar a analizar cómo el ordenamiento jurídico configura —*en concreto*— el «deber» de contabilidad, lo cual nos llevará, en primer lugar, a considerar su naturaleza jurídica, los elementos que lo estructuran y los sujetos concretos a que se impone. En supuestos escasos y determinados, el incumplimiento de estos deberes llevará implícita una sanción directa —como ocurre en el plano de los mercados financieros, ante la información contable de determinados tipos de empresas...—, pero en la mayoría de las ocasiones, las sanciones tendrán un cariz indirecto. En cualquier caso, el sistema de responsabilidades contables podrá ser contemplado desde dos perspectivas: una primera responsabilidad *ex ante* o interna dentro del marco de la propia empresa, que se centrará en analizar el modo en que disponer de una información contable inadecuada puede afectar de forma negativa al desarrollo de la actividad de empresa⁵; en segundo lugar, una responsabilidad *ex post*, que se despliega generalmente hacia el exterior de la empresa, y tendente al resarcimiento de un daño que se haya derivado como consecuencia de la contravención de las normas contables. Al mismo tiempo, este segundo ámbito de responsabilidades podrá generarse en diversos momentos de la vida empresarial, lo cual determinará que debamos

de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1990, pp. 50 y ss.; *Id.*, *El Derecho contable de fusiones y escisiones*, 2.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2008; J. GIRÓN TENA, «Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima», *RdS*, núm. 1, 1993, pp. 9-44; J. C. VÁZQUEZ CUETO, *Las cuentas y la documentación contable en la Sociedad Anónima*, Madrid, Marcial Pons, 2001; o, recientemente, F. J. ALONSO ESPINOSA, «El deber de documentación de la empresa y de llevanza de contabilidad tras la Ley 16/2007, de 4 de julio», *RMV*, núm. 5, 2009, pp. 23-54 (también publicado en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Madrid, Civitas, 2011, pp. 77-114); R. BONARDEL LENZANO, *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Sentadas así las bases de la disciplina, se ha alcanzado un estadio en el que se puede superar su tratamiento a través de «introducciones al Derecho contable» o «régimen jurídicos de la contabilidad», para comenzar a afrontar directamente problemas jurídicos concretos relacionados con la contabilidad del empresario.

⁵ Como ha sido considerado por G. RACUGNO, *L'ordinamento contabile delle imprese*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 84, en realidad, la verdadera sanción que recibe el empresario de la violación de la obligación de documentar la vida de su propia empresa se pone de manifiesto en la debilidad que esta carencia organizativa comporta por sí misma para la sociedad, repercutiendo sobre su productividad. Siendo esto cierto y dado que las decisiones de gobierno las toma en gran medida el órgano de administración, nuestra premisa será cuestionarnos cómo los interesados en la sociedad pueden hacer valer sus derechos para lograr que la organización no pierda valor.

canalizar su tramitación a través de diversas instituciones jurídicas, a saber, las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad, la posibilidad de calificación como culpable de una eventual situación de concurso, la exigencia de responsabilidad personal por deudas a los administradores de las sociedades como consecuencia de la infracapitalización de éstas y, finalmente, las eventuales responsabilidades de carácter sancionador, derivadas del incumplimiento de prescripciones imperativas penales o administrativas. Por su parte, la reciente Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en su art. 21.7 introduce en la Ley Concursal el expediente del acuerdo extrajudicial de pagos. Pues bien, el nuevo art. 231.3.3.º impide que puedan hacer recurso a esta institución preconcursal «las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieran llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación de depósito de las cuentas anuales». De este modo, el legislador parece seguir apostando por la introducción de sanciones indirectas ante aquellos sujetos que incumplen el deber de contabilidad.

En las sociedades mercantiles confluye un cúmulo de relaciones contractuales entre una multiplicidad de sujetos: accionistas, trabajadores, acreedores, deudores, clientes... Nexos sobre la base de los cuales se configura la compleja estructura organizativa de la sociedad. Se ha dicho que esta estructura se sostiene gracias a relaciones de confianza⁶, lo cual conecta la información contable con el gobierno corporativo —o, propiamente, el *buen gobierno*—. Al ofrecer mayor información —y de mejor calidad— sobre el estado económico y patrimonial de la empresa, el empresario logrará fortalecer estas relaciones, al afianzar las bases que sostienen estas relaciones de confianza. Por su parte, los sujetos relacionados con la empresa, al disponer de datos reales sobre la situación y actividad de ésta, se verán revestidos de una mayor confianza en el cumplimiento de las promesas recibidas, las cuales les permitirán mejorar sus relaciones con el complejo empresarial. Al reforzar la confianza en estas relaciones, la sociedad, en definitiva, se hace más competitiva. Por el contrario, una sociedad opaca en lo que respecta a su información contable incurrirá en mayores costes para construir las relaciones que conforman su estructura. A menor información, la confianza que pueden depositar otros sujetos —dentro de unos mismos precios— será menor: la sociedad deberá afrontar costes de

⁶ J. R. MACEY, *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p. vii, quien, además, hace depender el buen gobierno de una sociedad a la capacidad que tenga su órgano de administración de cumplir tales promesas: «*Good corporate governance, then, is simply about keeping promises. Bad governance (corporate deviance) is defined as promise-breaking behaviour*» (p. 1).

transacción mayores que la situarán en posición de desventaja respecto de sus competidoras⁷.

El juicio sobre la oportunidad de regular el modo en que se elabora, el contenido y la forma de presentación de la información contable ha de basarse, siguiendo la lógica de COASE, en los costes de transacción aparejados a tal regulación. En nuestra opinión disponer de información contable sobre la marcha de la empresa es una necesidad estructural de toda forma de negocio. El propio funcionamiento de cualquier forma empresarial —dada su vocación de «permanencia»— no se puede explicar sin disponer de una información periódica sobre el estado de su actividad y sus recursos⁸. No nos estamos cuestionando ahora sobre la necesidad de información contable —la cual consideramos, siguiendo la doctrina más autorizada, como una necesidad ontológica de toda organización con fines económicos—, sino el hecho de que ésta se someta a unos estándares objeto de regulación jurídica. Esto es, ¿podrían quedar los intereses de las partes relacionadas con la sociedad suficientemente informadas en materia contable si dejamos la satisfacción de tales obligaciones a la autonomía negocial? ¿o bien, por el contrario, es necesaria la intervención del legislador al respecto, estableciendo sistemas uniformes y ciertas obligaciones mínimas de información?⁹.

⁷ Esto no es más que la constatación, nuevamente, de la selección natural de las empresas por el Mercado: «*The history of corporations has been that firms failing to adapt their governance structures are ground under by competition*», F. H. EASTERBROOK y D. R. FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996, p. 13. En nuestra doctrina, sobre los costes de transacción y cómo la información influye en la definición de los mismos, resulta especialmente interesante la completa visión ofrecida por J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Los costes de transacción», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Madrid, Civitas, 1996, pp. 131-162.

⁸ Por ejemplo, si no se pudieran tomar como referencia períodos parciales de la actividad y se contemplara la empresa como un solo acto, no se podría conocer si ésta ha obtenido ganancias o ha sufrido pérdidas hasta su liquidación, no siendo posible el reparto periódico de dividendos. Igualmente no podría reaccionarse con celeridad ante situaciones adversas en el mercado. Así entendidos, los riesgos de la empresa se dispararían.

⁹ Aunque desde una lógica jurídica de protección de los intereses implicados con la empresa y sus necesidades de información se propugne una información obligatoria y elaborada conforme a criterios estandarizados, no son pocas las voces que consideran que, en determinados supuestos, la elaboración de tal información de cara a inversores y acreedores es más costosa y menos expresiva de la que se pudiera obtener dejando el cumplimiento de los «deberes informativos» a la autonomía de la voluntad. Así lo considera MACEY, *Corporate Governance...*, *op. cit.*, p. 157, haciéndose eco de los postulados de STIGLER: «*mandatory disclosure rules are of little use to investors because private contracting would produce more finely tailored, flexible disclosure*». La exigibilidad de información contable, desde esta óptica, descansa en las propias normas del Mercado: «*private contracting and capital market incentives would punish companies that failed to generate reliable financial data for investors and (...) mandatory disclosure would produce too much useless information and not enough important information*». Desde nuestro entorno jurídico en el seno de la Unión Europea, no podemos compartir esta visión sobre la posibilidad de dejar la transparencia de la información contable en manos de la autonomía de la voluntad. En primer lugar porque abocar el juicio de la situación económico-financiera de una sociedad a

Como justificaremos, hemos de considerar más adecuada la intervención jurídica en las formas y el contenido de la contabilidad, así como en la imposición de ciertos deberes de publicidad. Sobre esta base, los sujetos a los que se reconoce como interesados en la contabilidad (esto es, los intereses protegidos, que conforman lo que llamaremos el *interés público* en la contabilidad) podrán entablar las acciones que estimen procedentes cuando consideren que sus legítimos intereses —legalmente reconocidos— han sido vulnerados. Ello es debido a que no existe un sistema directo de sanción por incumplimiento de deberes contables —salvo, quizá sea conveniente recordar, por lo que respecta al cierre del Registro Mercantil y a las multas coercitivas ante la falta de depósito de cuentas anuales, lo cual, por otro lado, sólo afecta a una parte de la contabilidad que, además, atañe exclusivamente a su aspecto más formal y no por lo que respecta a su contenido—. Consecuencia de ello es que se deba optar por sistemas indirectos de control del cumplimiento de tales deberes, materializados en la especial responsabilidad ante situaciones de concurso culpable y en la que se pueda generar como consecuencia de la promoción de acciones de responsabilidad contra los administradores. Lógicamente, el sistema de control directo de la contabilidad no resultaría económicamente rentable, al menos desde la perspectiva de la posibilidad de arbitrar un sistema de control desde los poderes públicos, pues implicaría el establecimiento de una estructura cuyos requerimientos excederían con creces los beneficios que con ella se pudieran obtener¹⁰.

una agencia de «rating» genera una visión parcial de la realidad, en atención a los intereses «del cliente», quedando desprotegidos los intereses que sujetos menos poderosos pudieran tener en la información sobre la situación de la empresa. En segundo lugar, esta apreciación desconoce el interés que el propio empresario ha de tener en disponer de información adecuada y elaborada empleando parámetros que permitan su comparabilidad.

¹⁰ Como afirmamos, los incumplimientos contables no llevan aparejada una sanción directa. No existe sanción ni por la falta de llevanza ni por la llevanza irregular. Tampoco habría sido posible una solución distinta dadas las dificultades objetivas para apreciar el incumplimiento de los deberes contables. En este sentido, G. RACUGNO, *L'ordinamento contabile...*, op. cit., p. 83. Con respecto a esta dificultad, si se quisiera reforzar la observancia de la ley a través de mecanismo coercitivos, como por ejemplo la imposición de una multa a quien no tiene de forma regular los libros obligatorios, sería necesaria la creación de un sistema de inspecciones periódicas y oficiales en las empresas, e implicaría, igualmente, imponerle una sanción mientras éste se mantiene en el ejercicio del comercio, que podría quitarle el crédito del que disfruta, en perjuicio de los mismos acreedores a los que se quería proteger, C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Milano, Vallardi, 1928, p. 184. De este modo, las opciones de política legislativa para superar la dificultad de la falta de sanción no hacen más que agravar el perjuicio que los incumplimientos contables pueden generar sobre los acreedores de la empresa. El único modo de verificar que se está respetando la obligación de llevanza de contabilidad sería a través de inspecciones o controles periódicos de tipo administrativo: instrumento que de todo punto resultaría mañoso e inoperativo. Además, como ya ha sido señalado por la doctrina más destacable, estos controles dañarían por vía refleja a los mismos acreedores cuya protección se pretendía. Así, G. RACUGNO, *L'ordinamento contabile...*, op. cit., p. 84.