

DERECHO DE LOS SOCIOS DE LA S.L. AL EXAMEN DE LA CONTABILIDAD Comentarios al art. 86 de la L.S.R.L.

F. Javier Arana Gondra

Departamento de Derecho de la Empresa
Universidad del País Vasco

INDICE

1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS 33; 1.1. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE INFORMACIÓN 33; 1.2. MODALIDADES DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS. 35; 2. DERECHO DEL SOCIO A OBTENER LAS CUENTAS ANUALES Y OTROS DOCUMENTOS ADICIONALES 36; 2.1. EL EJERCICIO DEL DERECHO "CON OCASION" DE LA JUNTA GENERAL 36; 2.2. TITULARES DEL DERECHO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTOS QUE PUEDEN OBTENER 38; 2.3. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN 41; 3. TUTELA DE LA MINORÍA A TRAVÉS DEL EXAMEN DIRECTO DE LA CONTABILIDAD 42; 3.1. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES Y ORIENTACIÓN ACTUAL 42; 3.2. EL DERECHO DE LA MINORÍA A EXAMINAR LA CONTABILIDAD 44; 3.3. LA VÍA ESTATUTARIA, COMO ALTERNATIVA PARA EVITAR POSIBLES DISFUNCIONES 47; 4. COMPATIBILIDAD DEL EXAMEN DE LOS DOCUMENTOS CONTABLES CON LA AUDITORIA A INICIATIVA DE LA MINORÍA 48; 4.1. CONSIDERACIONES PREVIAS 48; 4.2. NOMBRAMIENTO DE AUDITOR POR EL REGISTRADOR MERCANTIL, A SOLICITUD DE LA MINORÍA. 49; 5. BIBLIOGRAFÍA 54.

1. Introducción: El derecho de información de los socios

1.1. Fundamentos del derecho de información

La separación (total o parcial) entre la propiedad y la gestión en las sociedades de responsabilidad limitada plantea, entre otros, el problema relativo a la

información que corresponde a los socios, los cuales, participando legalmente en la propiedad del ente social, no son siempre los que llevan a efecto directamente las tareas gestoras, sobre todo cuando éstas son encomendadas a los denominados “ejecutivos”, profesionales de las técnicas del “management” y quienes no necesitan disponer de la cualidad de socio para realizar las funciones de dirección. Al encontrarse la propiedad del capital privada, aunque sea parcialmente, de la gestión directa surge, como consecuencia de ello, el derecho de los socios a obtener, por lo menos, la necesaria y suficiente información relativa a la marcha de la sociedad, a su situación patrimonial y financiera, así como a los resultados económicos conseguidos.

En la regulación del derecho a la información, relativo a las sociedades de responsabilidad limitada, se distinguen, en nuestra legislación, dos orientaciones diversas. Por una parte, puede señalarse aquella información que necesariamente debe estar al alcance del público en general. En esta dirección hemos de incluir las normas de nuestra LSRL (especialmente, a través de la remisión que su art. 84 efectúa al capítulo VII de la LSA), referentes al depósito en el Registro mercantil y a la publicidad de las cuentas anuales (arts. 218 al 222 de la LSA). Pero, por otra parte, también encontramos en la LSRL la regulación de la información dirigida exclusivamente para los socios. En este sentido, estricto o restringido, cabe encuadrar el derecho a la información del socio regulado en el art. 86 de dicha Ley, que ahora es objeto de nuestro examen.

El derecho del socio a la información hoy día es reconocido, en general, por toda la doctrina mercantilista. La razón de su existencia ha sido basada, en principio, en el derecho al voto del socio, ya que la información actúa como presupuesto indispensable para fundamentar, mejorar y completar el criterio del socio en el ejercicio del voto. En este sentido, puede decirse que la *ratio legis* de la atribución al socio del derecho de información se deriva del propio contrato social creado por la voluntad de los socios (v. FOSCHINI, *Il diritto dell' azionista all' informazione*, p. 65).

Es indudable que el socio necesita adquirir los conocimientos necesarios sobre la marcha de la gestión social y de la situación reflejada en las cuentas anuales, con objeto de disponer de los suficientes elementos de juicio que le permitan emitir su criterio fundamentado, a través del ejercicio del voto. Los socios, mediante la integración de sus voluntades individuales en la Junta general, crean o generan la voluntad superior colectiva de la sociedad; pero para que se produzca el nacimiento de esta última voluntad general de la persona jurídica es necesario que, previamente, como presupuesto indispensable, se hayan formado las voluntades individuales. Y, precisamente, el derecho a la información de los socios constituye, desde luego, un elemento esencial para la indicada formación de las voluntades individuales de los socios. En definitiva, a través de las votaciones se expresan los deseos de los socios, que han

sido fundamentados mediante la pertinente información, y cuya aglutinación en la Junta general producirá la formación de la voluntad común de la sociedad.

Pero el derecho de información no debe fundamentarse exclusivamente en el de voto. En efecto, el socio, además de participar en la voluntad social de las Juntas generales, tiene derecho a la adopción de decisiones en cuanto socio aislado, con independencia de los criterios y de las conductas de los otros socios. Considerado aisladamente, el socio debe poder fundamentar sus decisiones en los más variados campos de opciones, tales como los siguientes: la venta o la conservación de sus participaciones, ejercitar o no el derecho de preferencia en los aumentos de capital (art. 75 de la LSRL), la impugnación de los acuerdos sociales derivados de la aplicación del art. 56 de la LSRL o la renuncia a dicha impugnación, etc (Véanse, entre otras obras, las siguientes: RUBIO, J.: *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, pp. 354 y ss.; POLO DIEZ, "El derecho del accionista a la información", p. 33; URÍA, R.: *La información del accionista en el Derecho español*, pp. 27 y ss.).

Naturalmente que, para poder elegir entre las alternativas referentes a su posición personal y aislada, el socio necesita, asimismo, de la suficiente información que le proporcione los adecuados elementos de juicio para la adopción de las resoluciones que considere más satisfactorias y favorables. Por ello, puede decirse que el derecho de información no es un mero derecho accesorio del de voto, sino complementario de éste y, al mismo tiempo, independiente de él.

En definitiva: el derecho de información no queda referido exclusivamente a la actuación del socio en el seno de la Junta general, sino que, independientemente de ello, sirve también a los fines del socio aislado, prescindiendo de su integración en el órgano soberano de la sociedad.

1.2. Modalidades del derecho de información de los socios.

Nuestra LSRL ha previsto diversas modalidades de ejercicio del derecho de información de los socios, a las cuales aludimos brevemente a continuación:

a) El Libro registro de socios, cuya llevanza y custodia corresponde al órgano de administración, podrá ser examinado por cualquier socio, conforme a lo dispuesto por el art. 27.3 de la LSRL.

b) El art. 51 de la LSRL regula el cauce de petición de informes o aclaraciones, con ocasión de la Junta general. El citado derecho de información se atribuye a todo socio, siendo de carácter inderogable e irrenunciable, no pudiendo, desde luego, ser suprimido o reducido por los estatutos sociales. La solicitud puede ser

efectuada por escrito con anterioridad a la Junta o bien, verbalmente, durante la celebración de la misma.

Pero es necesario destacar que el derecho de los socios a ejercitar la petición de los informes o aclaraciones queda encuadrado por dos órdenes de limitaciones. La primera restricción legal se refiere al contenido u objeto de la petición, que deberá corresponder exclusivamente a los asuntos que figuren en el orden del día. La otra limitación proviene de la concesión al órgano de administración de la facultad de no proporcionar las informaciones solicitadas, cuando estime que la publicidad de los datos pedidos pueda perjudicar los intereses sociales y siempre que dicha solicitud no venga apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social.

c) Más directa e íntimamente relacionada con las cuentas anuales se halla la modalidad de ejercicio del derecho de información, regulada en el art. 86 de la LSRL, bajo el título de “*Derecho de examen de la contabilidad*”, tratándose, precisamente, del artículo que es objeto de nuestro actual examen y consiguiente desarrollo.

A modo introductorio, hay que poner de relieve que el mencionado art. 86 recoge *tres distintos derechos integrantes o íntimamente relacionados con el citado derecho de examen de la contabilidad*:

1º) El derecho del socio a obtener, a partir de la convocatoria de la Junta general, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como el informe de gestión y, en su caso, el informe de los auditores (nº 1 del art. 86).

2º) El derecho de la minoría de socios, que alcance el cinco por ciento del capital social, a examinar, durante el mismo plazo y salvo disposición contraria de los estatutos, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales (nº 2 del mismo artículo 86).

3º) El derecho de la citada minoría de socios a solicitar del Registrador mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas (nº 3 del propio artículo).

Seguidamente nos referimos a cada uno de estos tres derechos.

2. Derecho del socio a obtener las cuentas anuales y otros documentos adicionales

2.1. El ejercicio del derecho “con ocasión” de la Junta general

a) La modalidad del derecho a la información de los socios, que regula el *art. 86.1 de la LSRL*, resulta similar a la establecida en el art. 212.2 de la LSA.

Ahora bien, al figurar previsto específicamente el citado derecho en la propia LSRL (art. 86.1), indudablemente este último precepto será de prioritaria y plena aplicación, conforme a lo ordenado en el art. 84 del mismo cuerpo legal, el cual, aunque se remite al capítulo VII de la LSA, lo hace en relación a todo “*lo no previsto*” en aquella Ley.

Se trata, desde luego, de *un derecho fundamental de los socios* que, naturalmente, no puede ser ni eliminado ni reducido o menoscabado por parte de las cláusulas estatutarias. Así, en relación con la antigua LSA (pero aplicable en su espíritu al régimen jurídico actualmente en vigor) la jurisprudencia ya había mostrado, clara y reiteradamente, su criterio de que el derecho de información del accionista era de carácter imperativo y necesario, que no podía ser modificado ni derogado por los particulares (véanse, especialmente, las SSTs de 3 de mayo de 1977, Aranz. 1943/77, y de 19 de diciembre de 1984, Aranz. 6138/84). En cambio, los estatutos, sí pueden reforzar este derecho, acrecentando su contenido de carácter sustantivo o facilitando su ejercicio con normas de orden formal.

b) El derecho de información de los socios, al que ahora nos referimos, queda conectado o relacionado con la Junta general. Pero debe puntualizarse que esta conexión con el órgano soberano de la sociedad *no supone que el ejercicio del mencionado derecho haya de realizarse a través de la Junta, sino, simplemente, con ocasión de ella.*

En efecto, ya hemos indicado anteriormente que el derecho de información del socio se basa, parcialmente, en su derecho de voto. En este sentido, resulta conveniente que los socios puedan disponer de la necesaria y suficiente información, sobre los asuntos que componen el orden del día de la Junta general, a fin de que sus votos se hallen idóneamente fundamentados, con todos los apropiados elementos de juicio. Pero hemos hecho constar, asimismo, que el derecho de información no sirve solamente para que los socios realicen sus actuaciones en la Junta general, ya que, con independencia de ello, la referida información también debe poder ser utilizada por aquéllos, prescindiendo de su integración en el órgano soberano de la sociedad, para cumplir sus deseos particulares y ejercitar sus derechos de carácter individual (v. URÍA, R.: *La información del accionista en el Derecho español*, pp. 27 y s.).

Como consecuencia de lo expuesto, reiteramos que el ejercicio del derecho de información del socio, aunque figura legalmente regulado, relacionándolo con la Junta general, debe ser interpretado en el sentido de que la Ley se ocupa de él *con ocasión* de la celebración de la citada Junta.

c) Respecto al *plazo* durante el cual los socios puedan ejercitar su derecho a obtener de la sociedad los documentos informativos pertinentes, el art. 86.1 lo fija también relacionándolo con la Junta general: concretamente, “a partir de la convo-

catoria” de ésta. En consecuencia, el plazo referido deberá comenzar a contarse a partir del primer anuncio de la convocatoria, que se efectúe en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en uno de los diarios de mayor circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social (art. 46.1 de la LSRL). Pero, como es sabido, cabe la posibilidad de que los estatutos establezcan que la convocatoria deba realizarse “en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios” (nº 2 del mismo art. 46; v. CABANAS, CALAVIA y OTROS, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, pp. 215 y ss.). En estos últimos casos, el plazo se iniciará, respectivamente, a partir de la primera publicación exigida por los estatutos o a partir de la primera remisión de la comunicación individual y escrita.

d) Finalmente, debemos resaltar que la Ley tutela especialmente al socio de la sociedad de responsabilidad limitada, tratando de asegurar que éste adquiera el debido conocimiento de su derecho a obtener la información relativa a los documentos legalmente predeterminados. A estos efectos, la LSRL (art. 86.1, *in fine*) también relaciona dicha cuestión con la Junta general, al disponer expresamente que “*en la convocatoria*” se hará mención del referido derecho.

2.2. Titulares del derecho de información y documentos que pueden obtener

a) *Todos y cada uno de los socios resultan ser titulares del derecho de información.* Para ejercitar este derecho no es necesario que el solicitante asista a la Junta general, puesto que la Ley no hace referencia alguna a esta circunstancia.

El derecho de información, regulado en el art. 86.1 de la LSRL debe entenderse que también lo tiene *el representante del socio*, a quien le haya sido conferida la representación de conformidad con lo establecido en el art. 49 de la misma Ley. Ya desde hace mucho tiempo, siguiendo esta orientación y con referencia a la derogada LSA de 1951, la STS de 17 de marzo de 1967 (Aranz. 1524/67) defendió nítidamente el criterio de que el derecho de información puede ser ejercitado, desde luego, por el representante del socio.

b) En relación a los *documentos* que pueden ser obtenidos por los socios, el citado art. 86.1 se refiere específicamente a los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta general, así como al informe de gestión y, en su caso, al informe de los auditores de cuentas (v. CABANAS, CALAVIA y OTROS, ob. cit., pp. 553 y ss.).

1) Como es sabido, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta general son los relativos a las *cuentas anuales* (art. 212.1 de la

LSA, aplicable también para las sociedades de responsabilidad limitada, en virtud de la repetida remisión efectuada por el art. 84 de la LSRL). En consecuencia, los socios tendrán derecho a obtener copias del *balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria*, ya que estos documentos, que forman una unidad, son los que integran o comprenden las cuentas anuales (art. 172 de la LSA).

2) Los socios también tienen derecho a obtener una copia del *informe de gestión* (art. 86.1 de la LSRL), documento que, sin formar parte de las cuentas anuales, contendrá una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, así como sobre los datos referidos en el art. 202.2 de la LSA. Recuérdese, no obstante, que las sociedades que formulen balance abreviado, cuando se den las circunstancias señaladas en el art. 181 de la LSA, no estarán obligadas a elaborar el informe de gestión (nº 3 del art. 202 de la LSA).

3) Además de los documentos anteriormente señalados, los socios tienen derecho, asimismo, a obtener, “en su caso”, el *informe de los auditores de cuentas*. El art. 203.1 de la LSA establece el principio general de que “las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por auditores de cuentas”. Pero, frente a este principio general de obligatoriedad de auditar las cuentas anuales, el nº 2 del propio artículo exceptúa de esta obligación a las sociedades que puedan presentar balance abreviado, es decir, las sociedades en las que se den las circunstancias establecidas en el art. 181 de la LSA.

En relación a la obligatoriedad de someter las cuentas anuales a la auditoría habrá de tenerse presente, asimismo, lo establecido en la Disposición adicional primera de la Ley de Auditoría de Cuentas de 1988. También hay que señalar que, aunque las sociedades no estén obligadas a someter sus cuentas anuales a verificación, la minoría de socios (que represente, al menos, el cinco por ciento del capital social) puede solicitar del Registrador mercantil del domicilio social el nombramiento de un auditor (art. 205.2 de la LSA). Además, existirá obligación de someter las cuentas a la auditoría cuando así lo acuerde el Juzgado competente, en el supuesto del art. 40.1 del C. de c. (v. PETIT LAVALL, *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, p. 266).

4) Igualmente, debemos hacer referencia a la *propuesta de aplicación del resultado*, toda vez que, como establece expresamente el art. 213.1 de la LSA, “la Junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado”.

5) Finalmente, cabe añadir que, en el caso de tratarse de *cuentas anuales consolidadas*, los socios podrán obtener, además, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria consolidados, ya que estos documentos forman parte integrante de dichas cuentas anuales consolidadas (art. 44.1 del C. de c.), las cuales

habrán de someterse a la aprobación de la Junta general ordinaria de la sociedad dominante simultáneamente con las cuentas anuales de esta sociedad. También tendrán derecho los socios a obtener el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores (art. 42.6 del C. de c.; sobre las cuentas anuales consolidadas y su auditoría, v. ARANA GONDRA, F. J.: *Ley de Auditoría de Cuentas*, pp. 217 y ss.).

c) Como *complemento de lo expuesto*, se puede señalar que la obtención de los documentos referidos se efectuará “*de forma inmediata y gratuita*” (Sobre la interpretación de estos conceptos, v. ILLESCAS ORTIZ, R.: “Auditoría, aprobación”, pp. 186 y ss.).

El carácter inmediato de obtención por los socios de los documentos quiere expresar, simplemente, que no se produzcan retrasos innecesarios. Entendemos que no se infringe el precepto legal con breves dilaciones motivadas, por ejemplo, por la realización del trabajo material de reproducción de los documentos solicitados, por el tiempo que normalmente transcurre en un envío a través del correo, por la coincidencia de días festivos etc. Así, la STS de 2 de noviembre de 1983 (Aranz. 5951/83), referida al derecho de información en la derogada LSA de 1951, ya señalaba que “el retraso de unas horas” no implicaba el incumplimiento del precepto legal.

En todo caso, habrá de considerarse que una finalidad esencial que se persigue con la obtención de los documentos mencionados, es la de que los socios dispongan de elementos de juicio suficientes, con la adecuada antelación, para que puedan adoptar los pertinentes acuerdos en la Junta general, referentes a la censura de la gestión social, aprobación, en su caso, de las cuentas del ejercicio anterior y resolución sobre la aplicación del resultado. Posiblemente, esta finalidad pueda servir de guía o de orientación para interpretar idóneamente la expresión legal “de forma inmediata”. Así, cuando el retraso en la entrega de los documentos imposibilite o entorpezca, de forma considerablemente sustancial, la información de los socios sobre los asuntos que deben ser tratados en la Junta general, habrá de considerarse que se ha infringido el precepto legal referente a la obtención “de forma inmediata” de los documentos correspondientes. Sin embargo, recuérdese también, según expusimos con anterioridad, que el derecho de información de los socios no hay que fundamentarlo exclusivamente en el derecho de voto, ya que aquéllos tienen derecho, asimismo, a adoptar decisiones individuales, en cuanto socios aislados, lo cual debe protegerse, igualmente, por el Derecho.

En relación con la gratuidad de la entrega de los documentos cabe indicar que el socio puede obtener reproducciones de dichos documentos, sin coste alguno para él. En condiciones normales estimo que será suficiente con que se le permita retirar del domicilio social los aludidos documentos, sin tener que pagar por ello cantidad alguna. Pero, indudablemente, pueden darse supuestos de reforzamiento

del derecho de información, en base a determinadas cláusulas estatutarias. En este sentido, a título de ejemplo, los estatutos podrían exigir específicamente la remisión de la pertinente documentación a los domicilios particulares u otras direcciones señaladas por los socios. En tal caso, todos los gastos derivados de los envíos también deberían ser a cargo íntegro de la sociedad.

2.3. Consecuencias del incumplimiento del derecho de información

En el supuesto de que los administradores incumplieran el deber que impone el art. 86.1 de la LSRL, se produciría, como consecuencia, la impugnabilidad de los acuerdos sociales referentes a la censura de la gestión social, la aprobación, en su caso, de las cuentas anuales del ejercicio anterior y la resolución sobre la aplicación del resultado. No cabe duda de que dichos acuerdos podrán ser declarados nulos, en base a la falta del requisito esencial del derecho de información, que corresponde legalmente a los socios. En este sentido se ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia, con arreglo a la antigua LSA de 1951 (véanse: SSTS de 27 de junio de 1961, Aranz. 2743/61; de 19 de diciembre de 1961, Aranz. 4478/61; de 27 de octubre de 1972, Aranz. 5196/72; de 30 de enero de 1974, Aranz. 348/74; de 17 de febrero de 1984, Aranz. 689/84; de 8 de marzo de 1984, Aranz. 1204/84). También ha seguido el mismo criterio nuestra doctrina mercantilista (véanse: GARRIGUES, J.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, p. 485; GIRON TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, p. 450; RUBIO, *Curso*, p. 366; más recientemente ILLESCAS ORTIZ, R.: “Auditoría, aprobación”, p. 190; etc.).

Ahora bien, uno de los problemas que pueden surgir, en esta cuestión, es el referente a si la ineficacia de los acuerdos se debe basar únicamente en la nulidad de éstos, en base a hallarse viciados por la ausencia de los requisitos exigidos por el art. 86.1, o bien si se puede fundamentar la nulidad, además, en la declaración de no haberse constituido válidamente la Junta. En el primer caso, la nulidad afecta a la aprobación de las cuentas anuales, “pero no invalida los restantes acuerdos sociales que se puedan haber adoptado en la misma Junta general sobre materias que nada tengan que ver con la aprobación de las cuentas anuales” (v. CABANAS, CALAVIA y OTROS, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, p. 555). Pero en el supuesto de admitirse el segundo criterio, relativo a la constitución inválida de la Junta, evidentemente que la nulidad afectará a la totalidad de los acuerdos adoptados en dicha Junta.

La jurisprudencia se ha orientado indistintamente en uno u otro sentido (v. también RUBIO, J.: *Curso*, p. 366). En defensa del criterio de la invalidez de la Junta se puede aducir lo expresado en la STS de 27 de junio de 1961 (Aranz. 2743/61): “...ante la falta de este requisito —esencial por el aspecto público que reviste y la garantía que a los socios proporciona—, no podía la Junta ...quedar

“válidamente” constituida, en primera convocatoria o tenerse por “válida” su constitución, en segunda, si no se subordina a las normas que establece, para salvaguarda de las que la componen, condición de validez que dejará de tener, cuando adolezca de algún vicio de nulidad, máxime cuando es advertida de la infracción en que puede incurrir, suficiente, por sí, para ser objeto de impugnación como celebrada en contra de la letra, y también del espíritu, de dicho precepto”.

Sin embargo, las SSTS de 8 de octubre de 1975 (Aranz. 3582/75) y de 12 de marzo de 1976 (Aranz. 1321/76) disponen que la inobservancia del requisito del derecho de información contable (según lo establecido en la LSA de 1951) producirá únicamente la nulidad de los acuerdos referentes a la contabilidad, pero no invalidará los otros acuerdos de la Junta de contenido diverso.

Por mi parte entiendo que, dada la redacción actual del art. 86.1 de la LSRL, pueden ser impugnados no solamente los acuerdos referentes a las cuentas anuales y a los temas relacionados con ellas, sino a todos los acuerdos adoptados por la Junta general. En efecto, dicho artículo 86.1 no se limita a exigir únicamente los documentos de las cuentas anuales: lo que realmente exige son “los documentos que han de ser sometidos a la aprobación (de la Junta general)”. La Ley, al referirse a los “documentos”, lo hace con un sentido muy amplio, ya que se comprenden todos los que han de someterse a la mencionada aprobación de la Junta. En consecuencia, su ámbito de aplicación se extiende más allá de los temas específicos de la contabilidad, alcanzando, incluso, a cualquier materia que haya de aprobarse en la señalada Junta general, al menos cuando la misma requiera la redacción de un documento previo que también deba ser aprobado por dicho órgano.

3. Tutela de la minoría a través del examen directo de la contabilidad

3.1. Introducción: antecedentes y orientación actual

Como antecedentes del derecho a examinar directamente la contabilidad, por parte de los socios, hay que remontarse al siglo XIX, cuando el Código de comercio (art. 173) prohibía a los gerentes o administradores de las compañías mercantiles negar a los socios el examen de todos los documentos o comprobantes de los balances que se formasen para manifestar el estado de la administración social.

Sin embargo, la referida norma general quedaba, en la práctica, bastante limitada, al tener que realizar los socios las operaciones o actividades de la comprobación de la contabilidad en la época y forma que establecieran los estatutos sociales (art. 158 del mismo C. de c.). Este sistema, como indicaba GARRIGUES (v. *Comentario*, II, p. 481), tenía los inconvenientes de toda solución ecléctica.

El derecho de examen de los libros de contabilidad ha sido considerado, por la doctrina, con carácter independiente respecto al derecho de información estricto (v. FOSCHINI, *Il diritto dell' azionista all' informazione*, pp. 41 y ss.). En la doctrina moderna se considera, también, que el examen de la contabilidad se configura como un derecho autónomo de los socios, y particularmente independiente del derecho a controlar la información de las cuentas anuales y sus antecedentes a través del sistema de revisión de cuentas establecido (v. BISBAL, "Las cuentas anuales", p. 605).

Al promulgarse la LSA de 1951 se siguió un criterio más restrictivo que el contenido en el Código de comercio. Y así el art. 110 de la LSA negaba al accionista de la sociedad anónima el derecho a examinar directamente y a investigar los documentos contables de la sociedad. Tampoco se autorizó la realización del ejercicio del examen directo de la contabilidad en el Texto Refundido de la LSA de 1989. Se ha considerado que el derecho de información de los socios de las sociedades anónimas debía ser tutelado a través de otras vías más idóneas para esta clase societaria (como son: el derecho de información regulado en el art. 112, el derecho a obtener los documentos que señala el art. 212.2 y el derecho a la verificación de las cuentas anuales desarrollado en los arts. 203 al 211).

Por lo que respecta específicamente al régimen jurídico del derecho de información, en las sociedades de responsabilidad limitada, el art. 27 de la Ley de 17 de julio de 1953, que regulaba dichas sociedades, disponía que "en la época y durante el plazo que señale la escritura social, los socios tendrán derecho a examinar las cuentas y el balance de cada ejercicio" (v. CARLON, L.: *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, pp. 309 y ss.).

Por su parte, la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, introdujo diversas modificaciones en la Ley de 17 de julio de 1953, afectando también al derecho al examen de la contabilidad por parte del socio. En este sentido, el art. 26 (párrafo segundo) de esta última Ley, modificado por la referida Ley 19/1989, disponía expresamente lo siguiente: "Cualquier socio tiene derecho a examinar, en la época y durante el plazo que señale la escritura social, por sí o en unión de persona perita, las cuentas anuales de la sociedad con todos sus antecedentes. El plazo que señale la escritura social para el examen de las cuentas anuales no podrá ser inferior a quince días. Si la escritura social no fijase época para el examen de las cuentas el socio podrá ejercitar este derecho en cualquier momento".

Finalmente, *el art. 86.2 de la vigente Ley 2/1995*, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, dispone textualmente que: "*Durante el mismo plazo (a partir de la convocatoria de la Junta general) y salvo disposición contraria de los estatutos, el socio o socios que representen al menos el cinco por*

ciento del capital podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales”.

En los momentos presentes se considera que el examen directo de la contabilidad no resulta ser un derecho idóneamente adaptado a las sociedades anónimas (como prototipo de las sociedades de capital); pero se juzga o estima, por el contrario, que se trata de un derecho que se acomoda y compagina perfectamente con las sociedades colectivas (como prototipo de las sociedades personalistas). Así lo ha entendido, actualmente, incluso nuestro Código de comercio, al establecer que “en las compañías colectivas, todos los socios, administradores o no, tendrán derecho a examinar el estado de la administración y de la contabilidad” (art. 133).

Como es sabido, la sociedad de responsabilidad limitada se puede considerar que se halla ubicada en una zona intermedia entre las sociedades capitalistas y las personalistas, por lo que, como señala BISBAL (ob. cit., pp. 605 y s.), el derecho del socio con respecto a la información contable “debía ser la suma algebraica del derecho de información sobre las cuentas anuales del socio de las capitalistas y el derecho al examen de la contabilidad de las personalistas”.

Como ya hemos indicado, la vigente LSRL regula expresamente, en su art. 86.2, el derecho al examen directo de la contabilidad (propio de las sociedades personalistas); pero, en vez de atribuir el ejercicio de este derecho a cualquier socio, individualmente considerado, convirtiéndole en su objeto de protección jurídica, lo que realmente establece en el citado art. 86.2 es la *tutela de la minoría de socios*, en las condiciones que seguidamente exponemos.

3.2. El derecho de la minoría a examinar la contabilidad

3.2.1. Legitimación para el ejercicio del derecho

El derecho a examinar la contabilidad lo pueden ejercitar únicamente el socio o los socios que representen al menos el cinco por ciento del capital.

Al tratarse, efectivamente, de un derecho de la minoría se elude la fundamentación de este derecho en la protección jurídica de los derechos políticos y económicos de cualquier socio, individualmente considerado. El auténtico fundamento del derecho recogido en el art. 86.2 se acerca a la necesidad de controlar la gestión social mediante fórmulas alternativas al control del mercado (según afirma BISBAL, “Las cuentas anuales”, p. 606). En definitiva, con este precepto legal, se pretende facilitar a la minoría de socios el adecuado control sobre los administradores.

Para la legitimación del ejercicio del derecho de examen de la contabilidad se exige que el socio o los socios representen, al menos, el cinco por ciento del capital social. Con esta exigencia, la Ley ha querido vedar a los socios aislados, que no agrupen dicho porcentaje mínimo de capital, que puedan acceder al examen de los documentos que sirvan de soporte y antecedente de las cuentas anuales, toda vez que, en caso contrario, el ejercicio de este derecho, por diversos y variados socios con participaciones de muy escaso importe, podrían ocasionar obstáculos, contratiempos o inconvenientes en la administración de la sociedad. Sin embargo, lógicamente, los estatutos sociales sí podrán rebajar el porcentaje recogido en la Ley; pero, en cambio, no se admitirá el aumento en la exigencia de la titularidad del cinco por ciento del capital social, ya que ello iría en contra de la letra y del espíritu de lo establecido legalmente.

Los socios legitimados para el ejercicio del derecho de examen de la contabilidad podrán hacerse acompañar, si lo desean, de un “experto contable”. Estimo que, con esta expresión, la Ley ha querido referirse, simplemente, a la actuación de personas que tengan los necesarios y suficientes conocimientos sobre los temas contables, sin que ello suponga la exigencia de una titulación determinada ni la necesidad de hallarse dado de alta en una profesión específica (En el mismo sentido, v. CABANAS, CALAVIA y OTROS, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, p. 561).

La guarda del debido secreto sobre la contabilidad del empresario, conforme a lo dispuesto en el art. 32.1 del C. de c., afectará, tanto al socio o a los socios que examinen directamente los documentos relacionados con las cuentas anuales como a los expertos contables que les acompañen.

3.2.2. Documentos que pueden ser examinados

El derecho de examen *se extiende a “los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales”*.

Indudablemente, es cierto que, para llevar a efecto un examen adecuado de los documentos señalados legalmente, la minoría de socios legitimada para ejercitar el derecho podrá acceder a la información contenida en los libros y documentos contables, así como en otras fuentes que ayuden significativamente a comprobar la veracidad y el contenido de las cuentas anuales. Y también resulta incuestionable afirmar que existe el deber legal, por parte de la sociedad, de suministrar la referida información.

Se trata de un derecho que no puede ser suprimido ni restringido por los estatutos, ni por la Junta general ni, desde luego, por los administradores de la

sociedad, ya que la minoría de socios recibe sus facultades de examinar los documentos contables del propio ordenamiento jurídico positivo. El derecho de examen de la minoría de socios se extiende también al experto contable que, en su caso, acompañe a dicha minoría. Hay que tener presente que la contribución del experto contable se halla específicamente permitida por el art. 86.2 de la LSRL.

Un problema realmente delicado puede ser el referente a la *amplitud de las facultades de examen*. Teniendo en cuenta que la Ley se refiere a los documentos “que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales”, parece que dichas facultades pueden alcanzar a todo tipo de documentos contables. ¿También pueden alcanzar a las escrituras notariales, contratos relacionados con los asientos contables, arqueos de caja, libros de actas, etc., en base a que dichos documentos “sirven de soporte y de antecedente” de las cuentas anuales?. Parece que sí. Hay que tener en cuenta que la relación de documentos podría ser prácticamente ilimitada, porque las cuentas anuales recogen, en definitiva, todas las derivaciones económicas de las actividades empresariales.

Ahora bien, dado que la comprobación de la concordancia de los apuntes contables con la realidad extracontable puede ser un elemento importante para juzgar sobre la corrección de las cuentas anuales, se plantea la cuestión de si el examen referido podría extenderse incluso al control e identificación de los elementos materiales, con objeto de poder cerciorarse de que su reflejo contable es o no correcto. En este sentido, la minoría de socios estaría facultada, por ejemplo, a trasladarse a los almacenes, centros de fabricación, de control, etc. Sin embargo, teniendo presente que la Ley cita únicamente a los “documentos” que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales, parece que deben excluirse los elementos que no dispongan de la requerida condición legal de “documentos”.

Por lo demás, estimo que, solamente en casos extremos, de abusos por parte de la minoría, podría justificarse, con carácter excepcional, algunas limitaciones de las facultades de examen. Así, por ejemplo, cuando haya peligro de grave o notable obstrucción a las tareas de gestión de la sociedad. En el supuesto de que, con motivo del examen de los documentos legalmente previstos por la LSRL, se perjudique notoriamente el funcionamiento de la referida sociedad hay que poner en concordancia, dentro de una justa ponderación, los derechos al adecuado y correcto funcionamiento de esta última y los derechos de la minoría de socios. Es decir: los derechos de examen encuentran su límite en la necesidad de respetar el propio funcionamiento de las actividades societarias.

Entiendo que, desde luego, tampoco entra dentro de las facultades de la minoría de socios la exigencia de información directa a los terceros, que hayan concluido algún contrato o hayan mantenido otras relaciones jurídicas con la sociedad de responsabilidad limitada. Tal es el caso de los clientes, proveedores, deudo-

res en general, acreedores, etc. A este respecto, hay que poner de relieve, en primer lugar, que, según el art. 86.2, el examen de los documentos habrá de efectuarse “*en el domicilio social*”, por lo que queda excluido cualquier otro lugar exterior a dicho domicilio. Además, la minoría de socios no puede exigir directamente a los terceros el suministro de la información deseada para comprobar las cuentas anuales, toda vez que dichos terceros no se hallan legalmente obligados a cumplir tales requerimientos.

Conviene añadir, finalmente, que a la minoría de socios le queda, además, el recurso de acudir a la realización de una comprobación a fondo de las cuentas anuales, mediante la auditoría de dichas cuentas, por parte de un auditor, conforme se establece en el n° 3 del mismo art. 86. Pero para poner en práctica este último derecho hará falta que dicha minoría, que represente al menos el cinco por ciento del capital, solicite al Registrador mercantil el nombramiento del citado auditor, cuando “no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio” (art. 205.2 de la LSA). Esta última limitación temporal hará difícil, en muchas ocasiones, la utilización del recurso de la auditoría *para el mismo ejercicio económico* que el relativo al examen directo de la contabilidad por la minoría de socios, ya que este examen de la minoría *se debe efectuar a partir de la convocatoria de la Junta general y hasta la celebración de ésta*, es decir, generalmente con más de tres meses de retraso sobre el cierre del ejercicio social.

3.3. La vía estatutaria, como alternativa para evitar posibles disfunciones

Las disfunciones que se podrían derivar, en la sociedad, de un abusivo ejercicio del derecho por la minoría de socios, pueden ser, no solamente restringidas, sino incluso eliminadas, por la vía estatutaria (En este mismo sentido, v. BISBAL, “Las cuentas anuales”, p. 606).

En efecto, el art. 86.2 de la LSRL concede a la minoría de socios el mencionado derecho de examen de la contabilidad y de los documentos relacionados con ella, “*salvo disposición contraria de los estatutos*”. En consecuencia, el repetido derecho puede ser eliminado de raíz, plenamente, a través de una cláusula estatutaria que así lo establezca. Dicha cláusula podrá ser incluida tanto en el momento de la constitución de la sociedad limitada (arts. 11 y ss. de la LSRL) como a lo largo de la vida societaria, mediante la correspondiente modificación de los estatutos (art. 71 de la misma Ley).

Hay que poner de relieve que la modificación de estatutos que suprimiera el referido derecho de la minoría de socios se podría efectuar sin la previa aquiescencia de los interesados. Este es el criterio que se deriva del propio art. 71, al establecer expresamente que “cuando la modificación implique nuevas obligaciones para

los socios o afecte a sus derechos individuales deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados”. De este precepto legal se deduce que cuando la modificación no implique nuevas obligaciones para los socios o no afecte a sus derechos individuales (como ocurre en el caso del derecho al examen de la contabilidad), no se requerirá la aquiescencia de los interesados o afectados. Efectivamente, al suprimir el repetido derecho ni se imponen nuevas obligaciones a los socios ni se atenta contra derechos *individuales* de los mismos. Recuérdese que este derecho de examen de la contabilidad *no es un derecho individual del socio, sino un derecho de la minoría de socios que represente al menos el cinco por ciento del capital social*.

4. Compatibilidad del examen de los documentos contables con la auditoría a iniciativa de la minoría

4.1. Consideraciones previas

El art. 86.3 de la LSRL indica expresamente que el referido derecho del socio o socios, que representen al menos el cinco por ciento del capital social, a examinar los documentos relativos a la contabilidad “no impide ni limita el derecho de la minoría a que se nombre un auditor de cuentas con cargo a la sociedad”.

Por consiguiente, el derecho de la citada minoría *será compatible, en todo caso, con el derecho que le concede el art. 205.2 de la LSA*, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada, en virtud de la norma específica contenida en el art. 86.3 de la LSRL, así como por la remisión general del art. 84 de la misma Ley.

Los gastos de la auditoría deberán ser soportados por la sociedad, sin que se permita legalmente que los estatutos sociales puedan imponer que dichos gastos sean a cargo de la minoría, ni siquiera en el supuesto de que no resulten vicios o irregularidades esenciales de las cuentas revisadas. El carácter imperativo de que los gastos sean sufragados por la sociedad se muestra bien patente en los mencionados artículos 86.3 de la LSRL y 205.2 de la LSA. Únicamente, en el caso de que la aludida minoría de socios acudiese al Juzgado para solicitar la auditoría de cuentas, en base a la vía señalada en el art. 40 del C. de c. (y no en virtud de la lógica vía del art. 205.2 de la LSA, a través del Registrador mercantil) se podrían cargar los gastos a aquella minoría, en el supuesto de que no se descubriesen vicios o irregularidades esenciales en las cuentas.

Vamos a referirnos seguidamente a lo dispuesto en el art. 205.2 de la LSA, dado que es este artículo, el que, en principio, establece la vía lógica y eficaz para el ejercicio del derecho de la minoría de socios a que se realice la auditoría de cuentas en la sociedad de responsabilidad limitada, pese a que no se halle obligada, con carácter general, a someter sus cuentas anuales a verificación por un auditor.

4.2. Nombramiento de auditor por el Registrador mercantil, a solicitud de la minoría

4.2.1. Fundamentos del art. 205.2 de la LSA (aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada)

La *ratio* de la auditoría de cuentas, prevista en el nº 2 del art. 205 de nuestra LSA, se centra, fundamentalmente, en la protección a los socios minoritarios; pero ello no es obstáculo para que, en virtud de dicho precepto legal, se proteja también a los socios mayoritarios. La tutela a la minoría de socios debe otorgarse, no solamente en los supuestos de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que alcancen unas determinadas magnitudes de índole económica y de recursos humanos, sino en todas ellas, cualquiera que sea su volumen financiero, su cifra anual de negocios o su número de trabajadores.

En las sociedades que no estén autorizadas a presentar balance abreviado, la auditoría de las cuentas anuales, impuesta obligatoriamente por la LSA (art. 203.1), se establece para fortalecer la fiabilidad de la información económica en beneficio de *todos* los intereses legítimos que convergen en dichos entes sociales. Entre los citados intereses tutelados se hallan, por supuesto, los relativos a los socios minoritarios. En cambio, en las sociedades exceptuadas de la obligación de auditar sus cuentas anuales dichas minorías de socios quedarían privadas, en principio, de la adecuada tutela en una cuestión tan fundamental como es la referente a la credibilidad de la información contable (v. GARCIA URBANO, J. M.: *Nombramiento de auditores en el Registro Mercantil*, pp. 15 y ss.).

Como es sabido, las sociedades que pueden presentar balance abreviado quedan exceptuadas de la obligación de verificar sus cuentas anuales (art. 203.2 de la LSA). A este respecto, recuérdese que, según el art. 181 de la LSA, se autoriza la presentación de dicho balance abreviado a las sociedades en las que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos, dos de las circunstancias siguientes: que el activo no supere los 395 millones de pesetas; que la cifra anual de negocios no supere los 790 millones de pesetas; y que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 50.

Con objeto de proteger, sobre todo, a los socios minoritarios, el número 2 del mencionado art. 205 de la LSA ha previsto para ellos, en el supuesto de sociedades que no estén obligadas a someter sus cuentas anuales a verificación, un derecho de carácter excepcional, consistente en que queden facultados para instar al Registrador mercantil el nombramiento de un auditor.

Conviene aclarar que, aunque se trata de un derecho pensado, principalmente, para la minoría de socios, no se pretende designar un auditor que actúe,

específica y exclusivamente, para dicha minoría. Los trabajos de cualquier auditor se dirigen, siempre, tanto a la defensa de los intereses de los socios minoritarios como de los mayoritarios e incluso de todos los intereses que se encuentran implicados o relacionados con las sociedades, como son los correspondientes a los acreedores y a los terceros en general.

Lo que ocurre es que, en las referidas sociedades que no estén obligadas, como norma general, a someter a verificación sus cuentas anuales, los socios mayoritarios disponen de diferentes medios para la defensa de sus intereses (como, por ejemplo, el nombramiento de un auditor por la Junta general), mientras que los socios minoritarios se encuentran más desprotegidos. Por ello, se concede también a estos últimos el derecho a solicitar del Registrador mercantil la designación de un auditor. Pero —insistimos— no debe existir un auditor de la mayoría y otro de la minoría. En consecuencia, no procedería el nombramiento de un nuevo auditor, solicitado por la minoría de socios prevista en el art. 205.2 de la LSA, si con anterioridad ya figurase nombrado otro. La independencia del auditor (y, como consecuencia de ello, su objetividad al servicio de *todos* los intereses legítimos) se halla garantizada por la Ley de Auditoría de Cuentas, su Reglamento y las normas técnicas de auditoría, de obligado cumplimiento para aquél.

En el sentido expresado, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su escrito de 23 de septiembre de 1991, indica que “el interés que persigue el art. 205.2 de la LSA no es el de que se nombre un auditor a instancia de determinado socio, sino simplemente el de que la sociedad someta sus cuentas a verificación por un profesional independiente”. Este criterio —añade la citada DGRN— “no se ciñe únicamente a los casos en que dicha auditoría es encargada por la Junta general. Con independencia del origen del encargo (Junta general, administradores, autoridad judicial o Registro mercantil), el auditor únicamente puede guiarse en sus actividades de forma profesional e independiente” (v. Respuesta a la consulta recogida en el Boletín del ICAC, nº 7, octubre de 1991, p. 99).

4.2.2. Condiciones para la legitimación de la minoría de socios

La solicitud al Registrador mercantil del nombramiento de un auditor de cuentas la pueden efectuar los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social. En relación con este tema cabe efectuar algunas matizaciones o precisiones.

a) El porcentaje señalado del cinco por ciento constituye la *fracción mínima del capital* que se necesita disponer para quedar legitimado en orden a ejercitar el mencionado derecho. Por lo tanto, quienes dispongan de un porcentaje superior, obviamente, también podrán ejercitar el derecho citado. Precisamente, por esta

razón, se puede afirmar que se trata de un derecho pensado, fundamentalmente, para las minorías de socios, pero cuya aplicación se extiende también en favor de los mayoritarios, ya que la Ley pone el referido límite mínimo, con respecto al porcentaje del capital, pero no impone, en cambio, límites máximos.

b) La cuota mínima del cinco por ciento del capital puede ser alcanzada *por un sólo socio o, conjuntamente, por varios*. Aunque el texto legal utiliza el plural, desde luego, no puede existir inconveniente alguno en que sea un sólo socio quien, disponiendo del porcentaje exigido legalmente, quede legitimado para el ejercicio del derecho a solicitar el nombramiento de auditor (en este sentido, v. la Res. DGRN de 12 de septiembre de 1991). En el caso de que sean varios los titulares de acciones los que soliciten separadamente el nombramiento de auditor, el Registrador deberá acumular las solicitudes. Y, conforme indica GARCIA URBANO, J. M., (*Nombramiento de auditores en el Registro Mercantil*, p. 36), “la estimación de una solicitud haría innecesario continuar el expediente de las otras; la desestimación de una sólo sería obstáculo para que se sigan tramitando las otras, si se ha basado en la improcedencia del nombramiento, no si se basó en defectos de legitimación”.

c) En cuanto al *momento* en que el socio o los socios han de representar, al menos el cinco por ciento del capital social, se estima que debe quedar referido al tiempo de presentar la solicitud (así, v. la Res. DGRN de 5 de mayo de 1991). Sin embargo, “si durante el procedimiento el socio se desprendiese siquiera de aquel número de acciones que habría necesitado para mantener su proporción de capital, debería suspenderse la tramitación en tanto que el adquirente de las referidas acciones no comunique la intención de sostenerlo. Ahora bien, el criterio anterior no puede extenderse al caso en que, constatada la tenencia del adecuado número de acciones en el momento de incoarse el procedimiento, el interesado mantiene esa misma cifra durante toda la tramitación, resultando, sin embargo, menor su participación porcentual en el capital social por no haber concurrido a una ampliación de éste...” (v. Res. DGRN de 23 de septiembre de 1991).

d) Entre las cuestiones que pueden plantearse respecto a la legitimación, se halla la referente a la posible compatibilidad de la *doble condición de socio y administrador*. La DGRN (resolución de 22 de abril de 1991) ha entendido que no constituye impedimento legal el hecho de que el socio haya ostentado un puesto en el Consejo de Administración de la compañía durante el período a auditar, ya que la verificación de las cuentas de anteriores ejercicios puede ser de utilidad, por ejemplo, no ya para obtener informes sobre el estado de la contabilidad (lo que pudo –y debió– conocer por su cargo), sino para ofrecer a los demás socios la posibilidad de verificar su gestión personal. La consecuencia de las dos circunstancias citadas (ser socio y administrador), en el momento hábil de efectuar la solicitud, no impide la legitimación para realizar esta solicitud, salvo cuando el socio administrador tuviere en exclusiva, de hecho, estatutariamente o por acuerdo de la Junta general, la efecti-

va gestión de la empresa, pues en este caso podría, como un acto más de gestión, del que, en su caso, habría de responder ante la Junta, encargar la realización de una auditoría (Res. DGRN de 28 de mayo de 1991).

4.2.3. Cuestiones varias en relación a la auditoría de cuentas

a) En cuanto al *régimen jurídico aplicable*, debe señalarse que, cuando el socio o los socios, que representen al menos el cinco por ciento del capital social, soliciten al Registrador mercantil el nombramiento de un auditor en base al art. 205.2 de la LSA, habrán de tenerse en cuenta, además de aquel artículo, el 359 del RRM y, en virtud de la remisión de éste, los arts. 354, 355, 356 y 358 del mismo cuerpo legal. Por su parte, el art. 364 del RRM dispone que, para el nombramiento de auditores, en lo no previsto en los artículos precedentes, y en la medida que resulten compatibles, serán de aplicación, con carácter supletorio, las normas contenidas en los arts. 338 y ss. del mismo Reglamento, relativas al nombramiento de expertos independientes.

b) En relación al *número de auditores* que han de ser nombrados por el Registrador mercantil, debe señalarse que el art. 205.2 de la LSA se refiere solamente a un auditor (que, lógicamente, podrá revestir la condición de ser persona física o persona jurídica). En efecto, para las sociedades no obligadas a someter sus cuentas anuales a la verificación contable, la LSA hace constar textualmente la expresión de “un auditor de cuentas”, mientras que, en el supuesto del art. 205.1, relativo a las sociedades obligadas a dicha verificación, señala que el nombramiento será de “la persona o personas que deban realizar la auditoría de cuentas”. Pese a lo expuesto, y en aparente oposición con ello, hay que señalar que, en virtud del art. 359.1 del RRM, también referido a las sociedades con auditoría no obligatoria, la designación podrá ser “de uno o varios auditores de cuentas”.

c) Respecto al *plazo para presentar la solicitud*, los socios legitimados deberán realizar ésta, necesariamente, antes de que hayan transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre del ejercicio a auditar (arts. 205.2 de la LSA y 359.1.2a del RRM). Se trata de un plazo de caducidad, que ha de contarse, en base a lo dispuesto en el art. 5.1 del C. c., de “fecha a fecha”. Dicho plazo coincide con el señalado para que los administradores formulen las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado (art. 171.1 de la LSA) (v. ILLES-CAS ORTIZ, R.: “Auditoría, aprobación”, p. 78).

d) Las solicitudes de designación de auditor responden siempre a la *misma causa: la inexistencia de auditor*; causa típica, que, por ser necesariamente, en todo caso la misma, no se exige que sea expresada formalmente en la instancia (Res. DGRN de 24 de mayo de 1991).

Por su parte, la Res. DGRN de 8 de junio de 1991 confirma la misma orientación, expresándose en los siguientes términos: “El art. 315 (hoy día, 351) del RRM no es aplicable a las solicitudes del auditor basadas en el art. 205.2 de la LSA, en el extremo relativo a la designación de la causa, pues ésta ha de ser (en el caso del art. 205.2 de la LSA) siempre la misma —la inexistencia de un informe contable verificado por profesionales independientes—, lo que, de un lado, atribuye a su señalamiento un mero carácter formal, y, de otro, determina que su omisión, o su expresión inadecuada, no impida la admisión de la solicitud”.

Por mi parte, en tono meramente reflexivo, creo que es procedente indicar que, al no exigirse una causa justificativa a la solicitud (ya que es suficiente la inexistencia de una auditoría), el artículo 205.2 de la LSA se ha preocupado de proteger a la minoría de socios —lo cual es muy loable—, pero no ha establecido la regulación de los mecanismos jurídicos necesarios para evitar los abusos de dicha minoría, mediante solicitudes cuyo *fundamento real* sea únicamente el de entorpecer y perjudicar las actuaciones de la sociedad, cargando a ésta con trabajos y gastos económicos derivados de auditorías innecesarias y sin utilidad alguna, incluso para el propio solicitante.

e) *Oposición de la sociedad*. Una vez admitida por el Registrador la solicitud, se dará traslado de ella a la sociedad, a efectos de la posible oposición por parte de esta última, durante el plazo de diez días, a contar desde la fecha de la notificación (art. 354.1 del RRM).

En el supuesto de que la sociedad formule oposición, sólo podrá sustentar ésta si, dentro del plazo legal, aporta prueba documental de que no procede el nombramiento o si se niega la legitimación del solicitante (art. 354.2 de RRM). Como causa de oposición al nombramiento de auditor, que enerve el derecho de los socios reconocido en el art. 205.2 de la LSA, figura, ampliamente admitido por la DGRN (v., entre otras muchas resoluciones, las de 3, 22 y 26 de abril, 9 y 30 de mayo, 4 y 11 de septiembre, 14 y 17 de octubre, todas ellas del año 1991), la designación, ya realizada previamente, de otro auditor para el mismo ejercicio. En este sentido, puede leerse lo siguiente: “Esta cuestión ha sido objeto de reiterados pronunciamientos, todos en sentido positivo: la existencia de una auditoría, terminada o en curso, para el mismo ejercicio social pretendido por el socio peticionario hace innecesario que el Registrador, accediendo a la petición de éste, designe a otra firma auditora. Ello implica una duplicidad de costes que no añade garantías al derecho de los socios a obtener una información veraz sobre los estados contables de la empresa. Con independencia del origen judicial, registral o societario de la designación del auditor, éste, en sus actuaciones, sólo puede guiarse por estrictos criterios de profesionalidad e independencia” (Res. DGRN de 30 de mayo de 1991).

f) Con el carácter de mero complemento de lo señalado, respecto al solicitante y a la oposición de la sociedad, resulta oportuno añadir que cabe que se pro-

duzcan tanto el desestimiento como el allanamiento y la transacción (v. GARICA URBANO, J. M.: *Nombramiento de auditores en el Registro Mercantil*, p. 42).

g) *Resoluciones en primera y en segunda instancia*. La competencia para resolver la cuestión planteada corresponde, en primera instancia, al Registrador mercantil del domicilio social, mientras que, en segunda instancia, se atribuye dicha competencia a la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 354.3 del RRM).

h) *Realización de la auditoría y emisión del informe*. El auditor designado habrá de verificar, dentro del plazo legal, las cuentas anuales así como la concordancia del informe de gestión con dichas cuentas, de acuerdo con lo establecido en el art. 208 de la LSA, debiendo redactar un informe detallado sobre el resultado de su actuación (v. arts. 209 y 210 de la LSA). Este informe lo entregará a la sociedad auditada, comunicando también, tal entrega, al Registrador mercantil que lo hubiere nombrado, quien lo hará constar en el expediente que cerrará en ese momento, mediante la correspondiente diligencia. Esta circunstancia se consignará, asimismo, al margen del asiento del nombramiento (art. 361 del RRM).

Cabe añadir, finalmente, que el informe recibido en la sociedad estará a disposición, no sólo de los socios que instaron la realización de la auditoría, sino de todos los otros socios (en este sentido, v. el art. 86.1 de la LSRL y el art. 212.2 de la LSA). Además, dicho informe deberá depositarse por la sociedad en el Registro mercantil, dentro del plazo legal, y junto con las cuentas anuales societarias, en virtud de lo dispuesto en los arts. 218 de la LSA y 366.1.5 del RRM.

5. Bibliografía

ARANA GONDRA, F.J.: *Ley de auditoría de cuentas. Comentarios*, dirigidos por SANCHEZ CALERO, Madrid, 1995

BISBAL, J.: "Las cuentas anuales", *RDS*, nº extraordinario, 1994, pp. 591 y ss.

CABANAS TREJO, R.: CALAVIA MOLINERO Y OTROS, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Barcelona, 1995.

CARLON SANCHEZ, L.: *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1984

FOSCHINI, *Il diritto dell'azionista all'informazione*, Milano, 1959

GARCIA URBANO, J.M.: *Nombramiento de auditores en el Registro Mercantil*, Madrid, 1992.

GARRIGUES, J.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, de GARRIGUES Y URÍA, Madrid, 1976, 3ª ed., Tomo II.

GIRON TENA, J.: *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952.

ILLESCAS ORTIZ, R.: “Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por URÍA, MENENDEZ Y OLIVENCIA, Tomo VIII, Vol. 2º, Madrid, 1993.

PETIT LAVALL, M.V.: *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, Madrid, 1994.

POLO DIEZ, A.: “El derecho del accionista a la información”, en *Bol. Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Barcelona*, diciembre, 1962, pp.33 y ss.

RUBIO, J.: *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1974, 3ª ed..

URÍA, R.: *La información del accionista en el Derecho español*, Madrid, 1975.