

PROTECCIÓN DE LA MINORÍA Y CENSOR MINORITARIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Por el Dr. D. Juan José de SOTO CARNIAGO.

Profesor Titular de Derecho Mercantil.

S U M A R I O

- I. Protección de la minoría.*
 - 1. Ámbito subjetivo.*
 - 2. Ámbito objetivo.*
 - 3. Ámbito instrumental.*
- II. El Censor minoritario.*
 - 1. El derecho de información del accionista y la necesidad de control contable como presupuesto de la actuación del censor.*
 - 2. Nombramiento.*
 - 3. Naturaleza jurídica.*
 - 4. Funciones.*
 - A) El Examen.*
 - B) El Informe.*
 - 5. Responsabilidad.*
 - 6. Incompatibilidad.*
 - 7. Retribución.*
- III. Consideraciones finales.*

I. PROTECCIÓN DE LA MINORÍA.

1. ÁMBITO SUBJETIVO.

2. ÁMBITO OBJETIVO.

3. ÁMBITO INSTRUMENTAL.

Dentro del conjunto de problemas que se plantean en el ámbito de las sociedades y que cabe, inicialmente, agrupar en los relativos a la organización interna de la sociedad, a la tutela de los acreedores particulares del socio y a la tutela de los acreedores sociales¹, problemas que, con carácter general, son comunes a las sociedades de capitales y a las sociedades de personas², es en el primero de ellos en el que se encuadra, junto a otros de no menor importancia, la cuestión de la protección de los accionistas en general y de las denominadas minorías en particular.

Analizar la protección de las minorías requiere, inexcusablemente, unas previas precisiones sobre el contenido de tal protección desde una

1 DUQUE, J.: *La Tutela de la minoría*. Valladolid, 1957, págs. 2 y ss.

2 ASCARELLI, T.: «Considerazioni in tema di società e personalità giuridica», *RDC*, 1954, I, pág. 422. Aunque, por ejemplo, la Exposición de Motivos, Apartado IV, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada afirma que «en estas sociedades no existe el problema de defensa de las minorías, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad anónima», hay que destacar que la doctrina española, si bien considera como excesiva tal afirmación del legislador (GARRIGUES, J. *Curso de Derecho Mercantil*, I, 7.ª Ed., Madrid 1982, pág. 568; CÁMARA, *Estudios de Derecho Mercantil*, 1, 2, Madrid 1972, pág. 422; CARLON, L.: «Reflexiones sobre la tutela de la minoría en la Sociedad de responsabilidad limitada». *Est. URJA*, Civitas 1978, pág. 83) coincide generalmente con ella (GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, pág. cit.; SALVADOR BULLÓN, *Comentarios de la Ley de Sociedades de r.l.* Madrid 1958, págs. 308 y ss.; en contra SOLA DE CAÑIZARES, *Las sociedades de responsabilidad limitada en el nuevo Derecho español*, Madrid 1954, pág. 134).

triple perspectiva: subjetiva, quienes deben ser protegidos; objetiva, intereses a proteger; e instrumental, medios jurídicos de protección³.

1. ÁMBITO SUBJETIVO.

En este primer aspecto hay que partir de la consideración de que antes del Siglo XIX, dado que el socio no interviene en la formación de la voluntad social al tener los acuerdos sociales carácter secreto para éstos, limitándose sus facultades a percibir el dividendo y a participar en el capital en el momento de la liquidación, la protección de la minoría no se plantea. Es a partir del Siglo XIX, y como consecuencia de la elevación de la Junta general a órgano soberano de la sociedad, cuando la cuestión se manifiesta en todo su vigor, pues la necesidad de protección de la minoría presupone, obviamente, la existencia de una Asamblea o Junta general de socios o accionistas y, dentro de ella, del régimen de mayorías.

A partir de este momento cuantas leyes se redactan, relativas a la sociedad anónima, formulan el principio genérico de sumisión de los socios al voto de la mayoría, sumisión que, no obstante y como señala GARRIGUES «no puede tener carácter absoluto ni incondicional»⁴.

El problema de la protección de las minorías se plantea, pues, como reacción contra el principio mayoritario que rige el funcionamiento de la Asamblea general⁵, pero como la mayoría es el apoyo normal de los ad-

3 Vid. un detallado planteamiento del tema, orientado a la impugnación de los acuerdos lesivos en la Sociedad anónima, en DUQUE, *La Tutela de la minoría*, op. cit. pág. 4.

4 GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, I, 2, Madrid, 1947, pág. 1.003; IBID, «La protección de las minorías en el Derecho español», en *Temas de Derecho vivo*, Madrid, 1978, pág. 96.

5 La definición legal de la Junta general como órgano soberano de expresión de la voluntad social que se adopta por mayoría, y que ya fuera criticado por COTTINO al afirmar que «la ilusión democrática ha invadido a nuestros legisladores» —italianos— (*La Società per azioni*, Torino 1971, pág. 15), aparece cada día más alejada de la realidad, especialmente en el supuesto de grandes sociedades, por un cúmulo de circunstancias, entre las que destaca, la gran diferencia, en cuanto al fin perseguido, y el título en que intervienen en la sociedad como consecuencia o su interés en intervenir en la gestión social, entre los pequeños accionistas o accionistas ahorradores, preocupados principalmente de la rentabilidad de su inversión, y los grandes accionistas interesados prioritariamente en el control y en la dirección de la sociedad y que como señala GALGANO se corresponden tradicionalmente con dos clases sociales antagónicas (*La istituzioni dell' economia capitalista*, Bolonia 1974, págs. 72 y ss).

ministradores designados por ella, la defensa de la minoría se traduce, en casi todos los casos, en la defensa contra los administradores, siendo, en definitiva, la defensa de los propietarios frente a los denominados controladores de la riqueza⁶.

En efecto, en la sociedad anónima es dogma que la mayoría conforma la voluntad social y, por tanto, las decisiones adoptadas obligan a la minoría quedando ésta sometida, en consecuencia, a aquéllas. Ello no obstante, la voluntad social así conformada no dispone de poderes absolutos sino que tiene límites. El Art. 50 LSA constriñe los poderes de la Junta general a los propios de su competencia y ello supone, entre otros, que no pueden ser afectados los derechos individuales del socio o accionista.

Pero la temática de la protección de la minoría no tiene como objeto directo e inmediato la protección de intereses particulares contra el poder del grupo⁷. La idea de un derecho de la minoría por oposición a los derechos del socio, no debe significar el establecimiento de límites objetivos al poder de la mayoría, sino más bien, la existencia de otro poder, concurrente con aquel, dentro de la sociedad. Un poder que ha de venir matizado por una doble consideración; de una parte, porque se manifiesta en la posibilidad de intervenir, como tal, en la vida social, en el ámbito competencial en el que la mayoría se desenvuelve, y, de otra parte, porque configurado con contenido distinto y de mayor amplitud que la estricta tutela de los intereses individuales del socio, persigue, como fin básico, la defensa del interés colectivo del que el interés de la minoría no es, en consecuencia, sino parte integrante.

Surgen así los conceptos de mayoría y minoría que deben ser cuidadosamente precisados, por cuanto se trata de conceptos no absolutos sino relativos, que se determinan uno en función del otro. Del juego de ambos conceptos, mayoría y minoría, surge, inicialmente, la idea de la minoría como la diferencia entre la totalidad y la mayoría. Más la simplicidad de la fórmula puede inducir a error si no se precisa que no es la mayoría absoluta de capital social la que debe tomarse como referencia, para determinar la

6 GARRIGUES, J.: «El derecho de información del accionista en la Ley de Sociedades anónimas», en EST. Homenaje a Nicolás PÉREZ SERRANO, Madrid 1959, T.I., pág. 495.

7 SCHMIDT, D.: *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris 1970, pág. 2.

minoría, sino la mayoría de la Junta general, por cuanto es, ciertamente, ésta quien impone sus criterios y decisiones a la minoría⁸.

Por ello la cuestión no debe plantearse en términos absolutos, mayoría-minoría de participación en el capital social, sino relativos, mayoría-minoría de participación efectiva en la Junta general, en cuanto órgano en el que mayoritariamente se ordena y decide la marcha de la sociedad.

Así resulta, continuando la aproximación al tema, que, si bien la minoría a considerar y a tutelar podría entenderse, inicialmente, como el conjunto de accionistas y de capital que queda vinculado por las decisiones de la mayoría del capital presente o representado en la Junta general⁹, siendo así, en definitiva, la minoría la constituida por los accionistas que resulten alejados del control efectivo de la sociedad, tal postura conlleva inexorablemente la valoración de si también los accionistas que no asisten a la Junta deben ser, al igual que los que asisten y se oponen al acuerdo que les vincula¹⁰, objeto de tutela, porque, por esta vía, puede ocurrir, ciertamente, que, al proteger a los accionistas minoritarios en la Junta, de rechazo se proteja también a la mayoría de la sociedad que está ausente de la reunión, dándose, como señala expresamente GARRIGUES, «la aparente paradoja de que queriendo proteger a la minoría, en realidad se protege a la mayoría»¹¹.

En efecto, la moderna configuración de la sociedad anónima en la que

8 Vid., al respecto, BERR, que distingue la «majorité politique», maîtresse de l'assemblée et de la société, de la «majorité technique», «fraction arithmétique», qui «varie selon les cas» (*L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, París 1961, pág. 239).

9 Para PERCEROU por minoría, hay que entender los accionistas que no forman parte del grupo dirigente de la empresa. PERCEROU, Informe presentado al Congreso Internacional de La Haya, *Annales de Droit commercial*, 1932, pág. 211.

10 Sobre esta cuestión opina GARRIGUES que, «cuando hablamos de protección de la minoría, no nos referimos a la minoría dentro de la sociedad, sino a la minoría dentro de la asamblea general de accionistas», y continúa «A quien se ha de proteger no es al accionista ausente, que por el hecho de serlo demuestra su escaso interés por los asuntos sociales, sino al accionista que cumple su deber de asistir a la Junta General y que por estar en minoría no solo resulta apartado de la dirección de la sociedad, sino sometido a las decisiones de la mayoría, que pueden ser quizá caprichosas y perjudiciales» (GARRIGUES, J.: *La protección de las minorías en el Derecho español*), cit. pág. 115).

11 GARRIGUES, J.: «El derecho de información del accionista en la Ley de Sociedades anónimas», op. cit. pág. 496.

se integran un considerable número de socios¹² que se desentienden en absoluto de la marcha de la sociedad¹³ da lugar al fenómeno hartamente conocido en las grandes sociedades, del absentismo de una parte, si no de la mayoría de los accionistas¹⁴ que, preocupados tan solo por el dividendo, ni conocen

12 A pesar de que durante mucho tiempo se ha postulado la sociedad anónima como instrumento de democratización del capital, debido a la gran difusión de las acciones entre los pequeños ahorradores, es lo cierto, que la realidad muestra el fenómeno contrario, es decir la concentración del capital como consecuencia del traspaso de capitales que se opera desde el pequeño ahorrador hacia los grandes accionistas, lo que permite a estos disponer y administrar un volumen de capital muy superior al que realmente les es propio. Concentración de capital y de poder que conduce como señala CHAMPAUD, a la explotación, en ocasiones con su consentimiento, de los pequeños accionistas. (*Le pouvoir de concentration de la Société par actions*, París 1962, pág. 35).

13 Como señala HEURTEUX, no cabe olvidar que, frecuentemente, la mayoría de los pequeños accionistas ni conocen los derechos que les otorga su condición de accionistas. (*L'information des actionnaires et des Epargnants*. París, 1961, págs. 26 y ss.).

14 El fenómeno abstencionista (Vid. sobre el abstencionismo, como nota caracterizadora de la sociedad anónima de nuestro tiempo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Ensayo sobre la evolución de la Sociedad anónima*, Madrid 1974, págs. 18 y ss.; POLO, A.: *Ante una nueva reforma de la Sociedad anónima*, Barcelona 1965, pág. 133 y ss. y en relación con el derecho de voto, ALBORCH BATALLER, C.: «Evolución y realidad actual del derecho de voto». *R.D.M.*, Enero-marzo 1976, págs. 73 y ss.) del pequeño accionista que renuncia a asistir a la Junta general y con ello a contribuir a la formación de la voluntad social, puede suponer, bien una simple alteración o nueva modalidad de la Junta general, bien una grave modificación del mecanismo democrático de la sociedad anónima, que se ve sustituido por el oligárquico (BERR, C.: *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, op. cit. pág. 246). Entre las causas que producen el abstencionismo cabe señalar, como más significativas, en primer lugar, la propia naturaleza de la sociedad anónima como sociedad de capitales en la que, como es sobradamente conocido, predomina el «intuitus pecuniae» sobre el «intuitus personae». En segundo lugar y, en cierta medida consecuencia de lo anterior, se señala los diferentes intereses que motivan, frente a otros tipos de socios, la participación del pequeño accionista en la sociedad, más interesado, sin duda, en la rentabilidad de su inversión, —los denominados por CHAMPAUD— «actionnaires —baillleurs de fonds— que en el control económico de la sociedad. En tercer lugar, se alude a causas materiales o técnicas —dispersión geográfica de los accionistas, concurrencia de juntas en los mismos meses, etc.—, y, junto a ellas, y de mayor trascendencia, a causas psicológicas, constituidas, fundamentalmente, por su inexperiencia y, sobre todo, por su incompetencia técnica y financiera que le hace sentirse incapacitado para intervenir en la adopción de las decisiones que han de ordenar la vida y el desarrollo de la sociedad. (Vid. BERR, C.: *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, op. cit. págs. 246 y ss.; HEURTEUX, C.: *L'information des actionnaires et des Epargnants*, op. cit. pág. 26 y ss.; PAILLUSEAU, J. *La Société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*. París 1967, pág. 49 y ss.; RIPERT, C.: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, París 1951, pág. 99; VIGREUX, P.: *les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes. Theorie et réalité*. París 1953, pág. 31 y ss.).

ni se interesan por los asuntos sociales, ni acuden a las Junta Generales¹⁵, delegando su representación en los bancos¹⁶, produciéndose con ello un desplazamiento del dominio de la sociedad desde la mayoría no organizada hacia la minoría organizada¹⁷, que, trastocando los conceptos genéricos de mayoría y minoría, hace dudar, a veces, de cual deba ser efectivamente protegida.

Con todo, no debe obviarse una última precisión, distinguir la minoría de los accionistas pasivos, accionistas ahorradores o «actionnaires-bailleurs de fonds» como les denomina CHAMPAUD. Distinción que, lejos de plantear una cuestión teórica, se pone de relieve, claramente, en la distinta motivación de estas dos clases de accionistas¹⁸, por cuanto que, mientras que los accionistas pasivos no se consideran a si mismos más que

15 Los pequeños accionistas cuando, excepcionalmente, asisten a las Juntas generales se limitan, normalmente, a aprobar las propuestas del Consejo de administración. (RIPERT, C.: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. op. cit. pág. 101).

16 Como señala POLO, en el seno de la sociedad anónima se manifiestan dos grupos de accionistas perfectamente diferenciados: el grupo de grandes accionistas o accionistas empresarios, generalmente reducidos en número, que acuden a la sociedad con propósito de intervenir en la gestión, considerándola no como instrumento ocasional de producción de beneficios, sino, como unidad económica cuyas exigencias conoce y trata de atender; y a su lado la masa de los pequeños accionistas, simples ahorradores o inversores, solo preocupados del reparto de dividendos o de la cotización de sus acciones, que no se sienten efectivamente vinculados a la sociedad no dudando en abandonarla ante mejores perspectivas de inversión. Ante esta situación, el primer grupo pretende por todos los medios asegurar la preminencia de su voluntad, convirtiéndola en voluntad social, a lo que en buena medida colaboran los demás socios, merced a la dejación que éstos hacen de sus derechos no concurriendo a las Juntas generales, concediendo delegaciones en blanco en favor de los propios administradores, consistiendo que sus derechos sean ejercidos por los bancos depositarios de sus acciones, etc. (*Ante una nueva reforma de la Sociedad anónima*, op. cit. págs. 129 y ss.).

17 ASCARELLI, T.: «Interesse sociale e interesse comune nell voto», *Riv. Trim. Dir. e Procedure Civ.*, 1951, pág. 1145.

El carácter de inorganizada que, en ocasiones, se ha predicado como característica definidora de la minoría, ha sido rotundamente rebatida. Vid. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la Société anonyme*. op. cit. pág. 5. En el mismo sentido SOLA DE CANIZARES y MAC COLL, ambos en «Rapport aux 3 Journées franco-latines». *Revue Internationale de Droit comparé*. 1953, págs. 420 y 386, respectivamente.

18 Vid. sobre la distinción de estas diferentes categorías de accionistas, CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la Société par actions*. op. cit., pág. 29. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. op. cit. págs. 102 y ss.; VIGREUX, *les droits des actionnaires dans les Sociétés anonymes. Theorie et realite*. op. cit. págs. 21 y ss.

como simples acreedores de la sociedad, deseosos de obtener la mayor remuneración para su capital, la minoría busca, ante todo, la prosperidad de la sociedad que, de rechazo, marcará su propio beneficio. Así la minoría se diferencia de la masa de accionistas pasivos por su voluntad de intervenir en la vida social. Una voluntad que, paradójicamente aproxima la minoría al grupo mayoritario, controlador de la sociedad, en la medida en que ambos están interesados, sobre todo, en proteger y lograr el interés colectivo.

La minoría ocupa, así, desde la perspectiva subjetiva, una posición singular en el seno de la sociedad anónima, al distinguirse, tanto del accionista pasivo, por su voluntad y su capacidad de intervenir en la vida social, cuanto de la mayoría, por ser ésta la única que resulta normalmente, capacitada para tomar las decisiones que marcan la vida social¹⁹.

En consecuencia la tutela de la minoría no cabe plantearla de un modo arbitrario o caprichoso, sino, tan solo, en cuanto portadora de un interés general²⁰ que no sea el suyo egoísta, porque tal protección debe abarcar no solo la defensa de las minorías frente a los grupos mayoritarios, sino, además, la defensa del interés del socio como tal, en los supuestos de conflictos de intereses, en los que se intente hacer prevalecer un pretendido interés común de la sociedad sobre el verdadero interés social representado por el accionista aislado²¹. Se trata, en suma, de resolver el conflicto entre el interés de la sociedad y el interés egoísta de la mayoría que no coinciden como debieran, y, en tal supuesto «deja de ser verdadero el dogma de la personificación de la voluntad social por la mayoría²², identificándose, por el contrario, el interés social con la minoría y exigiendo la defensa de este interés que la voluntad mayoritaria no prevalezca sobre la minoritaria, por lo que el principio de la soberanía de la Junta general, que, normalmente, coincide con la soberanía de la mayoría, se atenúa²³.

19 SCHMIDT, D.: *Les droits de la minorité dans la Société anonyme*. op. cit. pág. 10.

20 GARRIGUES, «La protección de las minorías» en *Temas de Derecho Vivo*, Madrid 1978, pág. 115. En el mismo sentido en «Problemas actuales de la Sociedad anónima, en *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Madrid, 1971, pág. 148.

21 DE MARTINI, «La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sugli atti delle società». *R.D.C.* 1953, I, pág. 26 y ss.

22 GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, op. cit. T. I Vol. II, pág. 1.004.

23 DUQUE, *La Tutela de la minoría*, op. cit. pág. 5.

2. ÁMBITO OBJETIVO.

La cuestión a considerar en este punto gira en torno a la determinación de cual deba ser, de entre los diversos intereses concurrentes en la sociedad, el interés necesitado de protección y, por ende, el interés a proteger, lo que conlleva la consideración del grado de extensión con que deba entenderse la noción del interés social²⁴, cuya definición, no en vano, ha sido considerada como «el problema fundamental de la doctrina de la sociedad por acciones»²⁵, «puesto que en él se sustancia verdaderamente el de la tutela de la minoría»²⁶.

El contrato fundacional de la sociedad anónima supone la coordinación de una pluralidad de intereses²⁷ que se engarzan en cuanto orientados a la consecución de un fin común, el fin de lucro²⁸. El socio, al integrarse en la sociedad, persigue un interés propio o particular²⁹ que no obstante, es evidente que no puede alcanzarse sino a través de la propia consecución del interés social³⁰. Es la prosperidad del grupo en beneficio de ca-

24 Señala SCHMIDT, que si bien los términos interés colectivo de los accionistas e interés social, se utilizan frecuentemente por la doctrina para referirse al mismo concepto, es preferible el uso del primero porque él expresa mejor que este interés es precisamente el de los accionistas, que no debe estar condicionado, ni por las pretensiones de la empresa cuya explotación constituye el objeto social, ni por el Estado. (*Les Droits de la minorité dans la société anonyme*. op. cit. pág. 49).

25 MENGONI, «Appunti per una revisione della teoria sull conflitto di interessi nella deliberazione di assemblea delle società per azioni». *Rivista delle Società*, 1956. pág. 441.

26 DUQUE, *Tutela de la minoría*, op. cit., pág. 68.

27 Los intereses cuya consideración exige la estructuración jurídica de la sociedad anónima son fundamentalmente el interés de los accionistas y el interés de la sociedad como persona jurídica —bien como unidad en cuanto se identifican, bien como distintos, si es posible su separación—, el interés de la empresa que constituye el objeto de su actividad y un interés público difuso, coincidente con el de la economía nacional, del que se destaca el interés de los acreedores y de los futuros posibles intervinientes en la sociedad anónima. (DUQUE, *Tutela de la minoría*, op. cit. pág. 70).

28 Vid. por todos, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 7.ª ed. págs. 329-330.; GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, T.I. 1976, pág. 31.; URÍA, *Derecho Mercantil*, 13.ª ed. Madrid, 1985, pág. 120.

29 Como señala GIRÓN, el fin de cada socio es su aprovechamiento individual. Lo que sucede es que lo obtiene mediante una fórmula económica-jurídica consistente en la comunidad de objeto y de actividad. (*Derecho de Sociedades*, op. cit. pág. 40).

da uno de sus miembros. Y si bien desde esta perspectiva puede entenderse, inicialmente, que el interés social es el mismo interés, común a todos y propio de cada uno de sus componentes³¹, no cabe olvidar, no obstante, que tal identidad entre interés social e interés de los accionistas, puede no darse, en cuanto pueden existir en estos intereses personales que no son directamente propios de la sociedad³². Por otra parte, la imposibilidad de separar absolutamente interés social e interés de los socios en las sociedades que persiguen fines de lucro, permite estimar que, si bien uno y otro no se confunden, tampoco son contrapuestos, por lo que la realización del interés social conduce simultáneamente a la realización del interés personal del socio³³, cuyo lucro no se obtiene sino a través del reparto de la ganancia social³⁴. Ello no obstante, no se identifican funcionalmente por cuanto la obtención de la ganancia social no lleva implícita, necesariamente, la obtención de una ganancia directa para el socio, toda vez que aquélla puede no ser enteramente distribuida entre los socios³⁵.

La dificultad de precisar, en sus justos términos, la noción de interés social proviene básicamente de que este interés, por hipótesis misma, no puede confundirse ni con los intereses individuales de cada uno, ni con el interés del grupo mayoritario. En efecto, por definición, el interés social es superior a los intereses individuales³⁶, que en aras de aquel, pueden ser ocasionalmente sacrificados o, cuando menos, postergados³⁷. Por otra parte,

30 GRAZIANI, *Diritto delle società*, Nápoles 1952, pág. 283. El mismo criterio mantiene, años más tarde, GARRIGUES, cuando escribe «Ciertamente, los socios ingresan en la sociedad persiguiendo un interés particular, que es el suyo propio. Pero al crear una persona jurídica distinta han creado también un interés social que se superpone a aquel otro» (GARRIGUES, J.: La protección de las minorías en el Derecho español», cit., pág. 110).

31 ASCARELLI, T.: «Principii e problemi delle società per azioni, *Studi in tema di società*, pág. 46.

32 DUQUE, *Tutela de la minoría*, op. cit. pág. 75.

33 DUQUE, *Tutela de minoría*, op. cit., pág. 90.

34 GRAZIANI, *Diritto delle società*, op. cit. pág. 283.

35 ASCARELLI, «I problemi della società per azioni», *Rivista delle Società*, 1956, pág. 5.

36 URÍA, GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades anónimas*, 3.ª Ed. I. Madrid 1976, pág. 761.

37 En este sentido escribe GARRIGUES, «Ciertamente el interés común es la suma de los intereses particulares de los socios, pero también es cierto que para componer ese interés común el socio ha hecho dejación de una parte de su interés egoísta, sacrificándolo, en cierto modo, al interés social» (GARRIGUES, «La protección de las minorías en el Derecho español», cit. pág. 110).

Similar planteamiento encontramos, entre otros, en SCHMIDT, *les droits de la minorité dans la Société anonyme*, op. cit. pág. 57.

el interés social no se confunde necesariamente con el interés mayoritario³⁸, puesto que la sociedad debe ser gobernada, necesariamente, de modo democrático, por la ley de la mayoría³⁹, en interés de todos. Así pues, el interés al cual debe ajustarse la mayoría al dirigir la sociedad, es distinto, tanto de la simple suma de los intereses individuales, cuanto de los intereses que representa el capital mayoritario dirigente. Pero a la inversa, el interés social no puede disociarse ni de los intereses individuales⁴⁰ ni de los intereses del grupo mayoritario, puesto que la marcha de la sociedad, orientada por el fin social —el enriquecimiento de cada uno mediante el enriquecimiento de todos—, no puede olvidar ni uno ni otros⁴¹. La preeminencia del interés colectivo sobre los intereses individuales de cada socio solo se justifica en cuanto facilita la consecución del fin social. Correlativamente sería absurdo buscar en la sociedad un interés ajeno a los intereses de los socios, puesto que no se concibe que estos en su intento de lograr el fin social que les ha unido se inspiren en consideraciones que les sean ajenas.

La diferencia entre interés social y el interés individual de cada socio está, precisamente, en la noción misma del interés individual. Si cada uno de los socios pretendiera exactamente lo mismo en la sociedad, el interés social sería simplemente la representación del conjunto de aquéllos. Pero la realidad muestra que tal no es así, porque el interés individual del especula-

38 En relación con esta cuestión señala GARRIGUES que, «cuando las cosas se desarrollan normalmente, el interés de la mayoría coincide con el interés de la sociedad. En tal caso, la mayoría ha respetado la jerarquía de intereses, subordinando el interés egoísta del socio, o de los socios, al interés superior de la sociedad. Pero, a veces, la mayoría intenta alterar esa relación jerárquica mediante un acuerdo que somete el interés social al interés de un socio o de varios socios, o del grupo mayoritario. En tal caso el interés de la mayoría y el interés de la sociedad no coinciden como debieran coincidir. Los casos de esa discordancia son variadísimos, y cada vez se multiplican más como consecuencia de la concentración industrial y de la tendencia monopolística que caracterizan el capitalismo moderno. GARRIGUES, «La protección de las minorías en el Derecho español», op. cit. págs. 110 y 111).

39 Para URÍA la junta funciona bajo el principio democrático de la mayoría, combinado con el principio capitalista que transforma la democracia en plutocracia, en el sentido de que la mayoría no se forma por personas, sino por participaciones de capital. (GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la ley de Sociedades anónimas*, op. cit. I, págs. 557-558).

Sobre la formación y cómputo de mayorías, Vid. POLO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre el régimen de quorum y mayorías en los órganos colegiados de la sociedad anónima», *R.D.M.* 1973, págs. 199 y ss.

40 JAEGER, *L'interesse sociale*, Milán 1974, pág. 145.

41 HAMEL, «Rapport aux III Journées franco-latines de Droit Compare», *Revue Internationale de Droit comparé*, 1953, pág. 684.

dor no se asemeja en nada al del inversor, ni el del socio fundador tiene, frecuentemente, parecido con el del pequeño accionista. Unos buscan un beneficio inmediato, mientras que otros se conforman con un beneficio mediato pero más seguro. El gran accionista estará, probablemente, más interesado en el control y la dirección de la sociedad que el pequeño accionista, y menos que éste en la remuneración inmediata de su inversión en la sociedad. Y puesto que es absolutamente imposible colocar en el mismo nivel de valoración o importancia la pluralidad de intereses individuales⁴² hay que pensar que surgiendo la sociedad para la consecución del fin social, la prosperidad de todos y de cada uno, solamente deberán tomarse en consideración los intereses individuales que sean conformes al fin social.

De esta manera, el problema de las posibles divergencias entre los intereses de los accionistas se resolverá, simplemente, determinando en función de que interés se accederá a la consecución del fin social, habida cuenta de que el interés de cada socio a considerar, a este respecto, no debe ser otro que su interés individual como accionista, valorado, precisamente, en razón de esta cualidad. Por ello, los intereses a considerar no deben ser nunca todos los posibles intereses de los socios, sino tan solo, uno o alguno de ellos, exactamente los que se orienten a la consecución del fin social⁴³.

Las ideas precedentes conducen hacia la figura de un accionista —modelo o accionista— tipo⁴⁴, entendido como paradigma representativo de un específico interés, la obtención de una ganancia, que pretende satisfacer mediante la consecución, a su vez, del interés social. Así este sería entendido como la representación del interés del accionista-tipo, no pudiendo, en consecuencia, la mayoría adoptar medida de ningún tipo que no se oriente hacia la protección y tutela de tal interés. Ello permitiría, por otra parte, hacer abstracción de que en el seno de la sociedad pudieran contraponerse diversas categorías de intereses, los de la mayoría, los de la minoría, etc..., por cuanto todos quedarían agrupados y reconducidos a la realización del fin social, no pudiendo nadie hacer prevalecer un interés

42 BARR, «Aktuelle Fragen des Aktienrechts», *Revue de Droit Suisse*, 1966, pág. 375.

43 SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, op. cit. pág. 59.

44 La doctrina del accionista tipo es una construcción elaborada básicamente por la doctrina alemana (Vid. por todos, WIELAND, *Handelsrecht*, II, 1931) y la Suiza (Vid. BARR, *Aktuelle Fragen des Aktienrechts*, op. cit.).

propio distinto de su participación en el enriquecimiento colectivo⁴⁵. Más al ser el interés del accionista-tipo, preestablecido, genérico y, en cierta medida, abstracto, es preciso referirlo y adecuarlo a cada momento concreto de la vida de la sociedad, con lo que el interés social no sería otra cosa que ese interés concreto y actualizado del accionista, y por ello la búsqueda de los medios tendentes a la obtención del fin social se hará en todo caso, por referencia al interés social.

3. ÁMBITO INSTRUMENTAL.

La referencia a los medios jurídicos de protección de la minoría, exige constatar, siquiera sea brevemente, la ausencia, en nuestro ordenamiento anterior a la Ley de Sociedades Anónimas, a diferencia de lo que ocurría en otros ordenamientos europeos de la época⁴⁶, de preceptos que de modo específico supusiesen protección de las minorías, lo que obligaba a buscarla,

45 CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, op. cit. pág. 41.

46 En Italia la protección del accionista minoritario venía regulada en el Capítulo I, Sección I, del Code de Commerce, de 2 de abril de 1882, cuyo artículo 163, permitía a aquél oponerse a los acuerdos de la Asamblea general contrarios al interés social —contrarios al acto constitutivo, a los estatutos o a la Ley—, facultando al Presidente de la Asamblea, como consecuencia de la oposición, para acordar la suspensión de la ejecución del acuerdo (BOLAFIO, L. y VIVANTE, C.: *Código di Commercio Comentato*, Vol. 4, Torino 1929, pág. 431 y ss). En Alemania, la protección de la minoría que se reconocía ya en la Aktiennovelle de 17-7-1884, se amplía en el HGB de 10-1-1897 (Arts. 271 y ss.), para perfilarse con mayor precisión en la Aktiengesetz de 30-1-1937, que, además del recurso de nulidad contra los acuerdos sociales contrarios a la esencia de la sociedad, regula específicamente en su artículo 118 el derecho de la minoría que represente la décima parte del capital social de acudir a los Tribunales para lograr un control extraordinario, e incluso para exigir responsabilidades si del resultado de dicho control se derivase alguna (Arts. 122 y 123). Vid. FISCHER *Sociedades Anónimas, Su régimen jurídico*, traducción, Madrid, 1934, págs. 45 y ss.; ICJCE, *La Censura de cuentas y los Institutos Censores*, Prólogo de POLO DÍEZ, Madrid, págs. 147 y ss.). Parecido criterio se mantiene en la reforma de la Ley de Sociedades de 6 de marzo de 1983, ampliándose considerablemente con la Sociedad para la protección del pequeño accionista (Schutzgemeinschaft der Kleinaktionäre) de 1985. (Vid. al respecto, TAPIA HERMIDA, «La sociedad para la protección del pequeño accionista en Alemania», en Noticias, RDBB, 1986, pág. 890). Similar situación existía en Francia donde el Art. 15 de la Ley de Sociedades de 24-7-1867, en la redac-

al margen de tácticas de uso práctico⁴⁷, en principio generales y objetivos, la desviación o abuso de poder, así como el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos a que se refiere el artículo 57 del Código de Comercio, a cuyo tenor los accionistas mayoritarios venían obligados a mantener en sus actuaciones una actitud acorde con el interés común de los socios, toda vez que si, aún actuando dentro de los límites del contrato de sociedad, hiciesen uso de sus derechos contractuales contrariando el fin esencial del contrato, es evidente que cumplirían de mala fe ese contrato, pudiendo, en ese caso, la minoría ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios contra los accionistas mayoritarios al amparo de los preceptuado en el artículo 1.101 del Código Civil y 144 del de Comercio⁴⁸.

La situación precedente ha variado de modo sustancial con la Ley de Sociedades Anónimas, que ha instaurado un sistema de protección de la minoría considerablemente más amplio. De entre los diversos medios existentes para hacer efectiva tal protección⁴⁹ y cuyo análisis exhaustivo excede los límites de este trabajo, vamos a centrar nuestra atención, de modo específico, en la figura del censor designado por la minoría —el Censor Minoritario— al que se refiere el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas.

ción dada por el Dto-Ley de 8-8-1935, establecía la responsabilidad de quienes de mala fe utilizasen los bienes de la sociedad de modo contrario al interés social, y aunque con referencia al control de la gestión de los administradores en las sociedades anónimas esta ley no contenía disposiciones coactivas, los estatutos sociales podían regular, en las grandes sociedades la creación de un órgano al efecto, que normalmente adoptaba la forma de «Collegium» (Vid. LYON-CAEN-RENAULT, *Manuel de Droit Commercial*, París 1928, págs. 288 y ss.; RIPERT, *Traité Elementaire de Droit Commercial*, por ROBLLOT, T.I. París, 1980, págs. 640 y ss.).

47 Cabe señalar, entre ellas, por ser de utilización más frecuente tanto la mera inasistencia a la Junta General que imposibilitaba alcanzar el quorum determinado en los Estatutos para la adopción de determinados acuerdos, cuanto los pactos de sindicación de acciones.

48 Vid. sobre el tema, DUQUE, *Tutela de la minoría*, op. cit. pág. 9 y ss.

49 GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, op. cit. pág. 482.

II. EL CENSOR MINORITARIO.

1. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL ACCIONISTA Y LA NECESIDAD DEL CONTROL CONTABLE COMO PRESUPUESTO DE LA ACTUACIÓN DEL CENSOR.

El derecho de información del accionista, al que ha dedicado su atención nuestra más significada doctrina⁵⁰, en cuenta su razón de ser en la moderna configuración de la sociedad anónima en la que, separados absolutamente propiedad del capital y gestión de la empresa, no corresponde al socio, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades personalistas, el derecho a administrar, función que viene a recaer sobre profesionales especializados en las técnicas del «management»⁵¹, que no necesitan ser accionistas. Como señala GARRIGUES, la configuración aristocrática que la sociedad por acciones recibió hasta las codificaciones del siglo XIX era incompatible con el reconocimiento de un derecho de información a favor del accionista aislado. Y solamente al cabo de mucho tiempo, con la instauración, en el siglo XIX, del régimen democrático en la Sociedad anónima, los accionistas adquieren el derecho a participar en la junta General y el de fiscalizar los actos de la administración⁵².

Ciertamente, prescindiendo de otros antecedentes más remotos (sistema del «octroi», etc.)⁵³ en el que se excluía a los socios toda actividad fisca-

50 Vid. por todos, los trabajadores de GARRIGUES, «El Derecho de información del accionista en la Ley de Sociedades Anónimas», en *Estudios homenaje a Nicolás PÉREZ SERRANO*, T.I., Madrid 1959, págs. 481 y ss. «Una vez más en torno al tema del Derecho de información del accionista en la Sociedad Anónima», en *Estudios homenaje a R. URÍA*, Madrid 1978, págs. 168 y ss. POLO A., «El Derecho del accionista a la información», en *Boletín del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Barcelona*, Diciembre 1962, págs. 30 y ss. *Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima*, Barcelona 1965; URÍA, R.: «Quince años de experiencia en la aplicación de la Ley española de Sociedades Anónimas», en *La Rivista delle Società di capitali in Italia*, III, Milan, 1968, págs. 1.482 y ss. *La información del accionista en el derecho Español*, Madrid 1976.

51 FOSCHINI, por su parte, señala el contrato social como fundamento del derecho de información del accionista. (*Il diritto dell'azionista all'informazione*, Milán, 1959, pág. 65).

52 GARRIGUES, J.: «El derecho de información del accionista en la Ley de Sociedades Anónimas», op. cit. pág. 481.

53 Vid. RUBIO, *Curso de derecho de Sociedades Anónimas*, 3.ª ed. Madrid, 1974, págs. 28 y ss.

lizadora, hay que destacar que las legislaciones del siglo pasado limitaban el derecho de información del accionista, en la sociedad por acciones, al mero examen o inspección de la contabilidad⁵⁴. Así nuestro Código de 1829 tras reconocer, como regla general y para toda clase de sociedades, el derecho del socio al examen de los documentos comprobantes de los balances que se formen por la sociedad⁵⁵, regla general que, no obstante podía quedar derogada para las sociedades por acciones cuando así se estableciera en el contrato de sociedad o en sus reglamentos aprobados⁵⁶, limitaba en el mejor de los casos —no estar expresamente prohibido— el derecho de examen a la época y forma que prescribiesen los citados contratos y reglamentos de la compañía⁵⁷, limitación que era coincidente con lo dispuesto en otros ordenamientos⁵⁸.

El Código de 1885 recoge básicamente los planteamientos de su predecesor y de la ley francesa de 1867. En efecto, el derecho de información del socio que se reconoce ampliamente para los de las sociedades colectivas, en las que todos tendrán derecho a examinar el estado de la administración y

54 Contrariamente a lo que ocurría en la sociedad capitalista, en la colectiva, prototipo de la sociedad personalista, se reconocía al socio un derecho de información prácticamente ilimitado. (Vid. Art. 204. Código de Wurtemberg, Art. 340 Código francés).

55 Art. 310, párrafo primero.

56 Art. 310, párrafo segundo.

57 Art. 309.

58 Vid., entre otros, los Arts. 27 del Código francés y 141 del italiano. similar planteamiento podemos apreciar en el Derecho francés, cuya Ley de 24-7-1867, que, con algunas modificaciones posteriores (ampliamente estudiadas por BOUTERON, «Le commissariat des sociétés anonymes. Ses origines et ses perspectives d'avenir». En *La società per azioni alla metà del secolo XX. Studi in memoria di Angelo SRAFFA*, I, Padova 1961, págs. 123 y ss.), ha constituido el eje central del ordenamiento francés en materia de sociedades y que, pese a su innegable liberalismo (Vid., RIPERT, *Traité Elementaire de Droit Commercial*, por ROBLOT, I, 10.ª ed. París 1980, pág. 528), se limitaba, en su redacción original (Art. 35) a conceder a los accionistas el derecho de obtener en el domicilio social, en los quince días anteriores a la reunión de la Asamblea general, información sobre el inventario, lista de accionistas, balance e informe de los Comisarios de cuentas. (Los Comisarios solo podían examinar los libros y las operaciones de la sociedad en el trimestre anterior a la fecha en que estatutariamente debiere celebrarse reunión de la Asamblea general (Art. 33), disponiendo de cuarenta días, antes de dicha Asamblea general, para examinar el inventario, balance y cuenta de pérdidas y ganancias, a cuyo tenor debían evacuar su informe (Art. 34); derecho que se amplía en 1935 al examen de cuantos documentos hayan sido presentados a las Asambleas generales de la sociedad en los tres últimos años, así como a las Actas de estas Asambleas (Art. 35 en la redacción introducida por el D.L. de 30-X-1935). Vid., sobre la regulación actual, a la que nos referiremos más adelante, los Arts. 168 y ss., y 228 y 229 de la Ley de 24 de julio de 1983 y 3 de enero de 1985.

contabilidad⁵⁹, se ve constreñido tanto para los comanditarios⁶⁰, quienes solamente podrán examinar el estado de la administración y de la contabilidad en épocas determinadas y bajo ciertas penas, que podríamos calificar como «precio o coste de la información»⁶¹, cuanto para los socios de la anónima, que no podrán examinar la administración social ni hacer investigación alguna respecto a ella sino en las épocas y forma que prescriban sus Estatutos⁶², lo que suponía reducir la posibilidad de información del socio hasta límites realmente inaceptables, no obstante lo cual, hay que señalar como novedad del Código vigente, que, la sociedad anónima venía obligada a publicar anualmente en la Gaceta el balance detallado de su situación económica⁶³, lo que si bien debe valorarse en palabras de URÍA como «un cierto deber de información frente al público en general que colocaba al Código en una posición más progresiva y avanzada que otras legislaciones de la época»⁶⁴, a nuestro juicio no añadía ningún elemento significativo digno de ser destacado al derecho de información del socio que cuando precisa información es antes de la aprobación del balance y no después.

Iniciado ya el siglo XX comienzan a atisbarse horizontes más amplios en el derecho de información del accionista. La presencia de los accionistas en las Asambleas generales aconseja e impone concederles la posibilidad de recabar de los administradores información sobre la marcha de la sociedad que, trascendiendo los límites vigentes hasta el momento —información contable—, se haga extensiva a otros temas sociales.

Este movimiento de ampliación del derecho de información del accionista se inicia en Europa con el Código de las Obligaciones suizo (en la

59 El Art. 133 del Código vigente, que reproduce casi textualmente el Art. 308 del Código de 1829, otorga a todos los socios, en la sociedad colectiva, el derecho de examen tanto de la administración como de la contabilidad, tal vez como contrapartida del riguroso régimen de responsabilidad a que éstos se hallan sometidos.

60 En las sociedades comanditarias mientras el régimen establecido para los socios colectivos no varía, a los comanditarios se les limita su derecho a examinar el estado y situación de la administración social a la época y bajo las penas que se hallen prescritas en el contrato social. (Art. 150 Código de Comercio).

61 El Art. 309 del Código de 1829, al regular el derecho del socio a examinar la administración y contabilidad social, no hacía referencia a ningún tipo de pena o sanción.

62 Art. 158 que reproduce casi textualmente el Art. 309 del Código de 1829.

63 Art. 157 Código de Comercio.

64 URÍA, R.: *La información del accionista en el Derecho español*, op. cit., pág. 13.

revisión de que fue objeto en el año 1936) y, que, si bien con carácter limitado y referido en principio a complementar la información de carácter contable, es la primera ley Europea que abre el camino al derecho de información en sentido estricto, es decir, el derecho de interpelar a los administradores por los accionistas aislados⁶⁵ aunque con una doble limitación: que se refiriera exclusivamente al aspecto contable de la gestión —extendido posteriormente por la doctrina y la jurisprudencia a cualquier cuestión relativa a la gestión social que sea objeto de deliberación en la Junta general y que se lleva a cabo a través de los «Controleurs»⁶⁶.

Con mayor contenido y amplitud se formula el derecho de interpelación del accionista en la Aktiengesetz alemana de 30-1-1937, que reconocía a cualquier accionista el derecho a obtener información en la Junta general sobre las operaciones sociales relacionadas con los asuntos debatidos en la misma⁶⁷. Derecho que, entendido como complementario del derecho de voto⁶⁸, no encontraba más límites, aparte de su necesaria conexión con los temas objeto de debate en la Junta, que los representados por el interés preferente de la sociedad.

65 URÍA, R.: *La información del accionista en el Derecho español*, op. cit., pág. 13.

66 Art. 697, 1.º, Code des Obligations suisse.

67 Parágrafo 112, AktG, de 1937. Hay que señalar que la Aktiennovelle de 11-6-1870 ya había impuesto, con carácter obligatorio, un órgano específico de control de la gestión, denominado Consejo de Vigilancia o Aufsichtsrat, que, por otra parte, ya había sido previsto si bien con carácter facultativo, en el ADHGB, de 1861 a través del cual los accionistas podían ver satisfecho, siquiera fuera de modo elemental, su derecho de información.

68 GARRIGUES señala que, de entre todos los derechos del accionista, el de información es el que está más vinculado a la participación en la Junta general. («Una vez más en torno al tema del derecho de información del accionista en la Sociedad Anónima», op. cit. pág. 169). Para URÍA se trata de una facultad en cierto modo complementaria del derecho de voto, aunque independientemente de él, pues si bien su eficacia se aprecia de modo especial en relación con la emisión del sufragio, no queda, sin embargo, reducida exclusivamente a los supuestos de participación del accionista en la formación de la voluntad social (*La información del Accionista en el Derecho español*, op. cit. págs. 24 y 25. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, op. cit. pág. 719). GIRÓN apunta que el derecho de información se atribuye a todo accionista y se configura con independencia del derecho de voto (*Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 300). Por su parte, RUBIO entiende que el derecho de información del socio no es simplemente accesorio del de voto, sino que supone, también, otro derecho instrumental para la efectividad de cuantos derivan de la posición de accionista. (*Curso de Derecho de Sociedad Anónimas*, op. cit. pág. 355).

Influida, sin duda, por estas tendencias, nuestra Ley de Sociedades Anónimas, reconociendo el derecho que corresponde a todo accionista, en cuanto titular de la condición de propietario, a fiscalizar la actividad social, instaura el derecho de información del accionista⁶⁹ con una doble mo-

69 Si bien es cierto que son los accionistas los primeros interesados en obtener información social, en cuanto ello significa control y fiscalización de la actividad de la sociedad, es evidente que la sociedad anónima, en su moderna configuración, no es tan solo una fuente de beneficios para el capital privado, sino un instrumento que recoge, organiza e invierte el ahorro público. Por otra parte, no cabe olvidar que la sociedad anónima es también un instrumento del mercado mobiliario y un sujeto del que «grupos», «consorcios», «Holdings», etc..., usan y abusan, a veces, en el mercado financiero. (Vid. BROSETA, M.: «Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas y sobre la «verificación contable» en el Código de Comercio», en *Estudios Homenaje a URÍA*, op. cit. págs. 60 y ss.). En definitiva, como señala GARRIGUES, la situación de la sociedad y la marcha de sus negocios no deben interesar solamente a los accionistas, sino también al Estado y al público en general, por ser la sociedad anónima una pieza muy importante de la economía nacional, y en consecuencia, la publicidad especialmente en las grandes sociedades anónimas ha dejado de ser un derecho exclusivo del accionista para convertirse en una exigencia pública. («El derecho de información del accionista en la Ley de Sociedades anónimas», op. cit., pág. 483. El mismo criterio en «Orientaciones para la reforma de la Sociedad Anónima en España», op. cit. págs. 762 y ss.). Ello exige, naturalmente, reconocer un derecho de información que debe estar al alcance de las personas o entidades titulares de un interés legítimo en conocer actos o hechos de las referidas sociedades. (Vid. ARANA, «Derecho de información y censura de cuentas». *Revista del I.C.J.C.E.* n.º 1, 1974, pág. 4). En esta dirección se ha de interpretar las normas de nuestra ley de Sociedades Anónimas referentes a la publicidad en el Registro Mercantil, y, en cierta medida, las más modernas contenidas, entre otras disposiciones, en el Decreto Ley de 30 de abril de 1964, sobre Reorganización de Sociedades de Inversión mobiliaria, cuyo art. 4.º, dando nueva redacción al Art. 8 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre Régimen Jurídico de Sociedades de Inversión Mobiliaria, imponía a las sociedades a quienes se concediesen los beneficios fiscales determinados en su art. 2.º, la obligación de presentar, anualmente, en el Ministerio de Hacienda, el balance, cuenta de pérdida y ganancias y memoria aprobados por la Junta general de accionistas y certificados por dos técnicos titulados no accionistas, miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas; La Ley de 24-XII-1964, sobre emisión de obligaciones por sociedades colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada, por asociaciones u otras personas jurídicas, exigiendo la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de emisión (Art. 1.º, párrafo 1), y de la certificación de los Censores jurados de cuentas de la valoración de bienes (Art. 1.º, Párrafo 3), etc. complementada, posteriormente, por la Orden de 1-XII-1970, cuyo art. 30 se refiere igualmente a la certificación de los documentos contable; El Reglamento de Bolsas de 30-6-1967, cuyo Art. 27, apartado j, ha sido modificado por el Real Decreto de 13-7-1981; y, finalmente, la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 26-XII-1984, que ha sido posteriormente desarrollada por su Reglamento de 17-7-85.

dadidad. De una parte, el derecho a obtener información sobre los asuntos comprendidos en el orden del día de cada Junta —derecho de información en sentido estricto— a que se refiere el Art. 65; y, de otra, el derecho al examen de los documentos contables (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, etc.) y al informe emitido sobre ellos por los Censores de cuentas, a los que se alude el Art. 108, que se reconoce en el Art. 110⁷⁰.

Se trata, en suma, de dos facultades que, aunque con distinto alcance, se orientan hacia el mismo fin, proporcionar a los socios una información suficiente sobre la situación patrimonial de la sociedad o sobre cuestiones relativas a su gestión⁷¹.

Haciendo abstracción del primero de los supuestos, que se concreta, según dispone el Art. 65, en la facultad de los accionistas de solicitar por escrito con anterioridad a la reunión de la Junta o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día y la correlativa obligación de los administradores de proporcionárselos⁷², excepto cuando el presidente estime

70 Disconforme con este sistema legal, POLO DÍEZ propugna insistentemente la conveniencia, mejor aún la necesidad, de invertir el orden de contemplación de esa doble vertiente de la institución, para situar en primer plano el deber de información de las empresas, que si es atendido por éstas en la forma y medida que universalmente se postula, llegaría casi a privar de justificación, haciendo lo innecesario, el derecho de información centrado en cabeza del accionista, que si hoy resulta indispensable es precisamente por la resistencia pasiva —afortunadamente cada día menor— ofrecida por las sociedades a aceptar como un deber el de suministrar a todos cuantos en ellas están interesados —accionistas presentes y futuros o presuntos inversores, acreedores, etc.—, aquellos datos e informaciones que se estimen precisos para conocer la verdadera situación de la sociedad desde los distintos ángulos en que cada uno de los que con ella se relacionan pueda interesar» («Orientaciones actuales sobre la reforma de la Sociedad anónima en España», en *La riforma delle società di capitali in Italia*, III, Milán 1968, pág. 1228. En el mismo sentido en *Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima*, op. cit. pág. 219).

71 Vid. URÍA, *La información del accionista en el derecho español*, op. cit. pág. 17. RUBIO. *Curso de derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 358 y la jurisprudencia citada por ambos.

72 Así lo reconoce expresamente, confirmando su anterior doctrina (S.T.S. de 24 de junio y 19 de diciembre de 1961, 13 de abril de 1962, 15 de octubre y 4 de noviembre de 1971, 3 de mayo de 1977, etc.), la reciente Sentencia del T.S. de 14 de julio de 1984, al señalar que el derecho de los accionistas a la información, recogido en el Art. 65 L.S.A., se traduce para los administradores en la obligación inexcusable de informar y rendir cuentas.

que la publicidad de los datos solicitados puede acarrear perjuicio a los intereses sociales, y sin excepción si la solicitud parte de accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital desembolsado⁷³, centramos nuestro análisis en la segunda modalidad, reconocida en el Art. 110, en cuyo entorno se encuadra la actuación del Censor representante de la minoría.

En efecto, la segunda manifestación del derecho de información que se refiere, como ya quedó expuesto, al derecho de examen de los documentos contables preparados por los administradores con vistas a la Junta general y del informe sobre ellos emitido por los Censores de cuentas, es la que se plantea, en mayor medida, como consecuencia de la necesidad del control contable, siendo, por otra parte, y en consecuencia, la más directamente relacionada con la verificación contable a realizar mediante la oportuna censura de cuentas.

Ciertamente es axiomático, y especialmente en las grandes sociedades, que el constante incremento del número de socios, su carencia, con más frecuencia de la deseable, de conocimientos adecuados, etc..., hace técnicamente inviable que éstos puedan seguir, de modo directo y permanente, el desarrollo, en ocasiones sumamente complejo, del devenir de la sociedad. Y el hecho cierto de que los socios ni suelen ni pueden dedicarse personalmente a vigilar la actuación de los administradores⁷⁴, supone un incremento adicional del poder de éstos que, al menos en teoría, puede suponer grave peligro para los derechos de los socios, por lo que, en consecuencia, resulta necesaria la institucionalización de los pertinentes sistemas de control⁷⁵ que garanticen a los socios la correcta gestión de los administra-

73 La problemática que la naturaleza, ámbito y extensión del derecho de información reconocido en el Art. 65 de la Ley de Sociedades Anónimas, ha sido ampliamente estudiado por la doctrina. (Vid., por todos, URÍA, *La información del accionista en el Derecho español*, op. cit. con la importante reseña bibliográfica y jurisprudencial).

74 Vid. GUYÓN-COQUEREAU, *Le commissariat aux comptes. Aspects juridique et technique*, París 1971, pág. 8. Para DJIAN., el fundamento del derecho de control, por parte de los accionistas, se basa en diversas consideraciones, entre las que destacan junto a la «affectio societatis» las de carácter económico, relativas al derecho al dividendo, al riesgo a perder sus inversiones, etc. (*Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché Commun*, París 1965, págs. 5 y ss).

75 Vid., sobre el por qué de un insoslayable control de cuentas y sobre significado y función del control contable en la sociedad anónima BROSETA. «Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas y sobre la «verificación» contable en el Código de Comercio», op. cit).

dores, y la veracidad de la situación económica y financiera de la sociedad⁷⁶.

De ello resulta que la necesidad del control contable surge, ya inicialmente, de la exigencia de garantizar a los socios el ejercicio real y efectivo de sus derechos sociales y específicamente del derecho de información. Y como quiera que —a diferencia de lo previsto en el Código de Comercio cuyo Art. 173 en relación con el 158 reconocía a los socios de la sociedad anónima el derecho a examinar por si mismos la administración en las épocas y forma determinados en sus Estatutos y Reglamentos— el derecho investigar en la contabilidad y en los libros sociales se establece en la Ley de Sociedades anónimas con un criterio francamente restrictivo, so pretexto de proteger los secretos de la empresa⁷⁷, el Art. 110 LSA limita el derecho de los socios a tener a su disposición en el domicilio social, quince días antes de la celebración de la Junta general, los documentos (balance, etc.) y el informe sobre ellos emitido a que se refiere el Art. 108. Resulta imprescindible, por tanto, establecer los mecanismos jurídicos oportunos que aseguren la autenticidad y la veracidad de la información contable que debe someterse a su conocimiento, pues de otro modo el derecho de información del socio quedaría carente de eficacia y vacío de contenido.

Y si bien el control contable favorece y protege a todos los socios, es indudable que tal protección beneficia, de modo singular, a los minoritarios, por cuanto, éstos al estar más apartados de los centros de decisión de la sociedad, necesitan, en mayor medida, disponer de instrumentos que posibiliten verificar la exactitud y veracidad de los datos y de los informes que los administradores deben rendir sobre la marcha de la gestión social⁷⁸. Por otra parte, hay que constatar que la necesidad de control no se agota en el ámbito estricto de los socios⁷⁹, pues no cabe duda que tal necesidad es par-

76 Vid. ARANA, F.: *La censura de cuentas en las sociedades anónimas*, op. cit. pág. 7.

77 La Exposición de Motivos de la Ley señala al respecto «El robustecimiento de los poderes de los administradores y la necesidad de poner los secretos de la empresa a cubierto de cualquier accionista indiscreto o malintencionado han inclinado a vedar al accionista aislado el derecho a investigar en la contabilidad y en los libros sociales» (Exposición de motivos, Apartado V).

78 GUYÓN-COQUEREAU, *le commissariat aux comptes. Aspects juridique et technique*, op. cit. pág. 8.

79 Vid., por todos, GARRIGUES, «Orientaciones para la reforma de la Sociedad anónima en España, en *La riforma delle società di capitali in Italia*», II. Milán 1968, pág. 762.

ticularmente sentida por los posibles futuros accionistas a quienes la existencia del control otorga una mayor confianza y seguridad en su inversión⁸⁰, y todo ello, sin olvidar la utilidad que el control reporta para los administradores⁸¹, los trabajadores⁸², los acreedores⁸³, e incluso, con una más amplia perspectiva, para la economía nacional⁸⁴.

La falta del derecho del socio a investigar directamente en la contabilidad y en los libros sociales se pretende compensar, en la Ley de Sociedades Anónimas, instaurando un sistema de censura de cuentas, a cargo general-

80 DJIAN, *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché Commun*, op. cit. pág. 6. En el mismo sentido ARANA, *La censura de cuentas en las sociedades anónimas*, op. cit. pág. 9.

81 Los administradores están evidentemente interesados en cerciorarse de que la contabilidad se lleva adecuadamente y refleja con exactitud la evolución y situación de los asuntos sociales. La colaboración del censor puede evitarles cometer errores así como rectificar rápidamente aquellos que hubieren podido cometer. (GUYÓN-COQUEREAU, *le commissariat aux comptes. Aspects juridique et technique*, op. cit. pág. 9).

82 Vid., sobre el tema, VIDAL, D. *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, París 1985. pág. 36. En el mismo sentido ARANA, *La censura de cuentas en las sociedades anónimas*, op. cit. pág. 10. Y en relación con la sociedad anónima europea, PÉREZ ESCOLAR, *La sociedad Anónima Europea*, Madrid, 1972, págs. 131 y ss.

83 Vid., por todos, GARRIGUES, «Orientaciones para la reforma de la Sociedad anónima en España», op. cit. pág. 770.

84 El interés del Estado en el control, en sus diversas vertientes, de la sociedad anónima, que sin perder su sentido privado ha adquirido una clara significación pública, deviene del progresivo incremento del papel que desempeñan estas sociedades en el moderno sistema económico, al constituir un factor de relevante trascendencia en el desarrollo económico de la nación (Vid., sobre el grado de intervencionismo que debe corresponder al Estado sobre las sociedades, la profusa bibliografía citada por BARRE, *Economía Política*, trad. de Economie Politique, Barcelona 1973, I, 2.ª Ed., págs. 63 y ss). Con carácter general y en referencia al modelo económico instaurado en nuestra Constitución, Vid. DUQUE, «Constitución económica y Derecho mercantil», en *La Reforma de la Legislación Mercantil*, Madrid 1979, págs. 63 y ss. y MENÉNDEZ, *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Lección inaugural Curso Académico 1982-83, Madrid 1982. Especial significación tiene en este punto las palabras de GARRIGUES, en 1933, cuando señala que si bien en la esfera interna de las sociedades anónimas tienden éstas de nuevo a configurarse en un régimen aristocrático que fue el de sus comienzos, en sus relaciones con el Estado va perdiendo la sociedad anónima su significación privada para convertirse en un órgano de la economía nacional que ha de ser, por tanto, vigilado por el Estado y sometido a su constante intervención. (GARRIGUES, «Nuevos hechos. Nuevo Derecho de la Sociedad anónima», en *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Madrid 1971, pág. 34.

mente de los propios accionistas, regulado en los Artículos 108 y 109, que se caracteriza por ser interno —desde dentro de la sociedad—, directo —a cargo de los propios accionistas—, y periódico —con ocasión y previamente a la aprobación de las cuentas anuales—, y que hace ya tiempo ha sido abandonado por la práctica totalidad de las modernas legislaciones que lo han sustituido, por inadecuado e ineficaz, por una censura independiente y profesional o técnica⁸⁵.

El sistema de la Ley, inspirado básicamente en la línea marcada por la legislación francesa anterior a 1966⁸⁶ y que consiste en síntesis, en que el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la Memoria deben someterse al examen e informe de los accionistas censores de cuentas, quienes por escrito, en el plazo máximo de un mes, propondrán su aprobación o formularán los reparos que estimen convenientes, descansa sobre el nombramiento de dos accionistas censores propietarios y dos suplentes, no administradores, designados por la Junta en la que se aprueben las cuentas del ejercicio anterior y que no cesan en sus funciones hasta el momento en que sean aprobadas las del siguiente. Eventualmente, cuando no haya unanimidad en su designación, pueden añadirse otro efectivo y su suplente, designados por la minoría cuando ésta represente, al menos, la décima parte del capital social desembolsado, y que habrán de ser necesariamente miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas y no accionistas. La función del accionista-censor consiste en el examen, por sí mismo o en unión de personas técnicas, de la contabilidad con todos los documentos y antecedentes relativos a los hechos contables,

85 Sobre los diversos modelos de censura de cuentas existentes en el Derecho comparado, Vid., la espléndida obra de ARANA, *La censura de cuentas en las Sociedades Anónimas*, op. cit.; y las más recientes de JIMÉNEZ DE PARGA Y OTROS: *Auditoría de cuentas. Sistemas legales*, Madrid 1983; y de PITA GARCÍA-PEMÁN, *Aspectos jurídicos de la auditoría de empresas*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio. Madrid 1983.

86 Para GARRIGUES el sistema de la ley española se inspira preferentemente en el modelo representado por la legislación francesa tradicional (anterior a la reforma de 1966), porque la mentalidad a la que respondían ambas era opuesta a la intervención de personas extrañas a la sociedad en la fiscalización de sus cuentas. Pero se aproximaba en cierta medida a la orientación del sistema inglés, al prever en determinados casos la intervención del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, como organismo independiente de carácter técnico en contabilidad, y cuya competencia ha sido reconocida en otras ocasiones por el poder público. (GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, op. cit. págs. 468 y 469).

cuyo resultado, deberán plasmar en un informe⁸⁷ que se concibe, al menos en teoría, y principalmente, como instrumento de información a los accionistas que les permita ejercitar, con conocimiento de causa⁸⁸, su derecho a aprobar o reprobar la gestión de los administradores reflejada en los documentos contables.

Con este modelo que, al evitar deliberadamente la censura efectuada por personas ajenas a la sociedad, permite afirmar a POLO que «falta en la Ley española de 1951 la existencia y regulación de un verdadero órgano de vigilancia y fiscalización de la gestión social y de revisión y censura de los balances y cuentas de la sociedad»⁸⁹, cabe pensar que se pretendía mantener el conocimiento y control de la gestión social en el ámbito interno de la propia sociedad, buscando la protección prioritaria de los intereses privados

87 La obligación de los censores de emitir el informe, para GARRIGUES «deber principal, del que todos los demás son accesorios» (GARRIGUES-URIA, II, *Comentario de la Ley de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 477), y para URÍA «la segunda obligación» (*Derecho Mercantil*, 13.ª Ed. Madrid, 1985, pág. 472), encuentra su apoyo para MARTI en el «espíritu que informó al legislador, al decir en la exposición de Motivos que se prevé el nombramiento de «unos accionistas censores de cuentas, que obligatoriamente examinarán e informarán por escrito acerca del balance...» que sin embargo no tuvo adecuado reflejo en el articulado de la Ley pues «Lo único que exige el artículo 108 es que le sean sometidos a examen e informe el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta de distribución de beneficios y la Memoria. Pero no impone a los censores la obligación de informar, sin que, por otra parte, prevea consecuencias para el caso de que tal supuesto deber se incumpliera, y los autores que se ocupan de la responsabilidad de los censores tratan sólo de la derivada de su actuación, no de su abstención de informar» (MARTI. *Una posible interpretación de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de censura de cuentas*, Universidad nacional de Educación a Distancia, Centro asociado de las Palmas, N.º 2, 1976, pág. 203).

88 GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, op. cit. págs. 477-478.

89 POLO, «Orientaciones actuales sobre la reforma de la Sociedad anónima en España», op. cit. pág. 1.232. La omisión de un órgano esencialmente encargado de la vigilancia y fiscalización de la gestión social fue deliberada como indica expresamente la Exposición de Motivos de la Ley «La omisión ha sido deliberada. Se estimó que en la práctica los órganos de vigilancia, cuyos miembros suelen ser de extracción mayoritaria, como los que constituyen el Consejo de Administración, ni representan en último extremo intereses sociales distintos a los del Consejo, ni ponen celo especial en el desempeño de su misión, por lo que la eficacia del órgano de vigilancia, a menudo dudoso, resulta no pocas veces perjudicial para la empresa misma» (Exposición de Motivos, Apartado III, párrafo 5.º).

presentes en toda sociedad anónima⁹⁰ que, por otra parte tampoco se logra⁹¹, en perjuicio del resto de los intereses que en ella concurren.

Como reconoce nuestra doctrina⁹², la simple constatación de la experiencia nos muestra el fracaso del sistema de censura a cargo de los accionistas censores, que la Ley ofrece en sustitución del órgano de vigilancia y fiscalización permanente que de modo expreso no ha querido crear. El sistema español de accionistas censores ha resultado ineficaz en palabras de URÍA porque «cuando los accionistas censores se designan por unanimidad, la censura practicamente se convierte en un mero trámite o formalidad y los censores no suelen examinar seriamente la contabilidad, labor siempre trabajosa y difícil, y acaban por aceptar los datos y propuestas del Consejo de Administración, redactando al efecto unos informes brevísimos. Y cuando en la designación no hay unanimidad, entonces no siempre resulta fácil o posible que los disidentes consigan reunir el número de acciones necesario (décima parte del capital social desembolsado) para poder designar por sí como censor a un miembro de Instituto de Censores Jurados de Cuentas»⁹³. Una dificultad añadida resulta de la ordenación

90 Sobre los resultados de este planteamiento son significativas las palabras de BROSETA «Si el sistema de la actual censura de cuentas establecida por los artículos 108 y 109 de la LSA se implantó para evitar las posibles ingerencias de cualquier accionista en los antecedentes contables, que pudieran poner en peligro el secreto de los negocios sociales, hay que confesar que estos preceptos han tutelado de tal manera el secreto contable, que han convertido la contabilidad de nuestras sociedades anónimas en una verdadera «materia reservada», enigmática, incontrolada e incontrolable en la que «de facto» resulta imposible penetrar», (BROSETA, «Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades anónimas y sobre la verificación contable en el Código de Comercio», op. cit. pág. 60).

91 BROSETA, «Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades anónimas y sobre la verificación contable en el Código de Comercio», op. cit. págs. 59 y 60.

92 Vid. especialmente, GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades anónimas*, II, op. cit. pág. 469; POLO, *Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima*, op. cit. pág. 196. BROSETA, «Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades anónimas y sobre la verificación contable en el Código de Comercio», op. cit. pág. 60; URÍA, «Quince años de experiencia en la aplicación de la Ley española de sociedades anónimas», en *La riforma delle società di capitali in Italia*, pág. 1.493.

93 URÍA, «Quince años de experiencia en la aplicación de la Ley española de sociedades anónimas», op. cit. págs. 1.493 y 1.494; En similares términos se expresa POLO, cuando dice «Al estar confiada su designación a la mayoría, el informe de los accionistas censores, por desidia unas veces, por docilidad y complacencia otras, se ha convertido muy pronto en

uniforme establecida en la Ley, cualquiera que sea el tamaño de la sociedad, sometiendo al mismo tratamiento las sociedades anónimas de carácter familiar o «cerradas» y las grandes sociedades. En las pequeñas, en las que suele darse la coincidencia entre administradores y accionistas, porque estos, por esa razón, suelen conocer con exactitud la marcha de los asuntos sociales⁹⁴; y en las grandes sociedades porque, normalmente, los accionistas censores carecen de la aptitud técnica necesaria para efectuar el control⁹⁵ y, además, porque, ante el absentismo generalizado, suelen ser designados por pequeños grupos de accionistas que, aunque con participación relativamente pequeña en el capital, consiguen imponer sus criterios en la Junta general. Y «si estos grupos suelen ser los mismos que nombran a los administradores o de quienes éstos dependen, parece evidente que la efectividad de la censura de cuentas puede verse minimizada o aún eliminada»⁹⁶. En definitiva, se concluye de lo expuesto el rotundo fracaso del sistema de censura contable encomendada por la Ley a los accionistas censores que, no habiendo servido ni para controlar la contabilidad en favor de los

un «cliché» del que se reproducen pruebas hasta el infinito, que nada informa y nada aclara a los restantes accionistas, a los cuales, sin embargo, a pretexto de dicho informe, les ha sido negado el examen directo de la contabilidad y de sus comprobantes» (POLO, «Orientaciones actuales sobre la reforma de la sociedad anónima en España», op. cit. pág. 1.232).

94 Vid., al respecto, GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 473; POLO, *Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima*, op. cit. pág. 197; URÍA, *Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 273. BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, 6.ª Ed. Madrid, 1985, pág. 270. En el mismo sentido las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1-II-1957 y 16-XI-1985, y las Sentencias del T.S. de 31-V-1957 y 7-IV-1967. En contra MARTÍ, para quien «frente a quienes entienden que en los casos de coincidencia de los administradores con los socios desaparece la razón que fundamenta la existencia de los censores de cuentas, cabe alegar, en primer lugar, que no es en atención exclusivamente a los socios por lo que se establece el órgano de revisión; y en segundo lugar, que con base en el razonamiento empleado por dicho sector doctrinal, habría que concluir que en estas sociedades tampoco tiene sentido ni es necesaria la Junta general prevista en el Artículo 50 de la Ley de S.A., «Una posible interpretación de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de censura de cuentas, op. cit. pág. 208).

95 Vid. sobre el tema, POLO. «Orientaciones actuales sobre la reforma de la Sociedad anónima en España», op. cit. págs. 1.232 y ss.

96 BROSETA, «Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades anónimas y sobre la verificación contable en el Código de Comercio»; op. cit. pág. 65.

propios accionistas, solo en contadas ocasiones ha permitido llevar a cabo un tímido control.

Junto a lo expuesto hay que significar, no obstante, que aunque dentro del sistema general de censura de cuentas establecido en la Ley, no se prevé la verificación por expertos contables, tampoco se excluye ésta absolutamente. En efecto, tal posibilidad existe, si bien por vía indirecta, en dos supuestos. En el primero, la posibilidad de censura externa se hace depender únicamente de la propia voluntad de los accionistas censores, al establecer el Artículo 108 que «para realizar esta labor (la censura), los censores podrán examinar por sí o en unión de personas técnicas la contabilidad». Es factible, pues, que los accionistas censores soliciten la intervención de censores técnicos y, aunque serán aquéllos y no éstos quienes deberán firmar el informe, nada impide que puedan reproducir textualmente el emitido por los técnicos. El segundo supuesto, previsto igualmente en el Artículo 108, concurre cuando «el voto de los accionistas no fuese unánime en la designación de los censores». En tal caso, la minoría que represente la décima parte del capital desembolsado podrá designar otro censor efectivo y su suplente que, no siendo accionistas, habrán de pertenecer al Instituto de Censores Jurados de Cuentas.

De entre estos dos supuestos centraremos nuestra atención en el segundo de ellos, el del Censor designado por la minoría, o Censor minoritario, por cuanto aunque su regulación legal sea parca, tímida y excepcional no respondiendo al concepto del control contable que universalmente está admitido y estatuido, es el configurado, al menos en apariencia, con la finalidad de otorgar una cierta protección a los accionistas minoritarios⁹⁷.

97 A este respecto señala la exposición de Motivos que «se crea así un sistema de vigilancia que, sin coartar la libertad e iniciativa de los Administradores y sin que pueda reputarse expresión viva de desconfianza o recelos, permitirá a los grupos minoritarios de accionistas poner freno, con su intervención fiscalizadora, al instintivo abuso de poder de las mayorías (Exposición de Motivos, III, párrafo final). En esta misma línea la doctrina del T.S. en cuya Sentencia de 3 de abril de 1962, se reconoce la posibilidad de nombrar el Censor minoritario, cuando no haya unanimidad «como derecho en beneficio de la minoría disidente». El mismo criterio en la más reciente de 4 de abril de 1984.

2. NOMBRAMIENTO.

Dado que lo dispuesto en nuestra Ley de Sociedades anónimas ofrece claro contraste con lo previsto en otros ordenamientos jurídicos europeos⁹⁸ en los que la intervención de profesionales externos a la sociedad objeto de control constituye una base indispensable para la realización de la censura de cuentas, abordaremos la cuestión haciendo una previa referencia a tales ordenamientos.

En Alemania el nombramiento de los revisores de cuentas ordinarios «Abschlussprüfer» compete a la Junta general, obviamente por mayoría de votos, y a los tribunales si la Junta no procediera al nombramiento dentro del plazo legal⁹⁹. Además, dada la importancia que se concede en este ordenamiento a garantizar la veracidad y exactitud de las cuentas y al objeto de tutelar cuantos intereses confluyen en la sociedad, los tribunales pueden nombrar otro censor, a propuesta del «Vorstand» del «Aufsichtsrat», o de accionistas que representen el diez por ciento del capital social, siempre que los citados hayan hecho constar en Acta su oposición al nombramiento del censor y existan fundadas sospechas de actuación inadecuada de éste (especialmente cuando hubiere pelibro de parcialidad)¹⁰⁰. Junto a ello y según los casos, la Junta puede nombrar el «Sonderprüfer» especial o extraordinario¹⁰¹.

98 Sobre el régimen jurídico de la censura de cuentas en Derecho comparado, Vid. ARANA, *La censura de cuentas en las Sociedades Anónimas*, op. cit. págs. 54 y ss.; GARCÍA PITA PEMÁN, *Aspectos jurídicos de la Auditoría de empresas*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Madrid, 1983; JIMÉNEZ DE PARGA y OTROS, *Auditoría de Cuentas, sistemas legales*, op. cit. pág. 22 y ss.

99 Arts. 163, 1 y 3, AktG. de 6-9-65. La nueva Ley alemana de 19-XII-1985, por la que se introduce la 4.ª, 7.ª y 8.ª Directiva CEE, que coordina el Derecho de sociedades, modifica entre otras disposiciones los Arts. 316 a 335 del Código de Comercio relativos a las personas encargadas de la revisión de los estados contables (Vid., sobre el tema, SÁNCHEZ CALERO, «Introducción en Alemania de las Directivas de la CEE referidas a la contabilidad de las sociedades», RDBB, n.º 21, 1986, pág. 203).

100 Art. 163, 2.º AktG. de 1965.

101 El Sonderprüfer especial puede ser nombrado por la Junta general, por simple mayoría de votos, para que examine los trámites fundacionales o aspectos de la administración, y especialmente las medidas de aumento o disminución de capital (Art. 152, 1.º, AktG. 1965) y el Sonderprüfer extraordinario se nombra si se sospecha que en un balance aprobado definitivamente figuran partidas infravaloradas o la memoria anual no se ajusta a los preceptos legales (Art. 160, 2.º y 3.º, AktG. 1965).

En el Derecho francés es igualmente la Junta general la competente para nombrar los «Commissaires aux Comptes» titulares, y también suplentes si la sociedad lo estima necesario, excepto en el momento fundacional en que la competencia se atribuye a la Asamblea Constituyente, y cuando la sociedad haga uso del ahorro público en que serán designados en los Estatutos¹⁰². Con carácter subsidiario cabe también la designación judicial de los «Commissaires» por el Tribunal de Comercio¹⁰³ a petición, entre otros, de accionistas que representen, al menos, la décima parte del capital social¹⁰⁴.

El ordenamiento italiano atribuye también a la Asamblea, como regla general, el nombramiento del «Collegio Sindacale»¹⁰⁵, si bien, reservando al Estado o a los Entes públicos, cuando tengan participación en una sociedad por acciones, la facultad de nombrar a uno o más «sindaci»¹⁰⁶. Excepcionalmente cabe que el nombramiento tenga lugar en el acto constitutivo si se trata de fundación simultánea¹⁰⁷, o en la Junta constituyente cuando la fundación se realice por suscripción pública¹⁰⁸.

El Derecho inglés guarda, en esta materia, un evidente paralelismo con los sistemas seguidos por los ordenamientos a los que acabamos de referirnos. Efectivamente la «Companies Act», de 1948, dispone que la sociedad deberá designar uno o varios «Auditors» que serán nombrados por los Administradores para el periodo fundacional, y por la Junta general para cada periodo posterior¹⁰⁹. Una diferencia notable se observa, no obstante, en

102 Arts. 223 y 79 y 88 Ley de 24-julio-1966, desarrollados por la Ley de 1 de marzo de 1984. Una nueva disciplina de los Commissaires aux Comptes ha sido introducida por el Dto. de 3 de marzo de 1985.

103 Durante la vigencia de la Ley de 24-julio-1867, todo interesado podía solicitar del Presidente del Tribunal de Comercio el nombramiento o la sustitución del Commissaire cuando la Junta general ordinaria omitiera su designación, así como en caso de impedimento o de rehuse del commissaire designado (Art. 32 y 37). La Ley de 24-julio-1966 prevé igualmente esta técnica utilizándola con una doble finalidad, asegurar el funcionamiento regular de la sociedad dotándola de un órgano necesario y proteger a las minorías. (GUYÓN-COQUEREAU, *Le Commissariat aux comptes*, op. cit. pág. 61).

104 Art. 225 Ley de 24-julio-1966, en la redacción de 1 de marzo de 1984.

105 Art. 2.400, Codice Civile 1942.

106 Art. 2.335, Codice Civile 1942.

107 Art. 2.328, Codice Civile 1942.

108 Art. 2.458 y 2.459, Codice Civile 1942.

109 Art. 159, 1 y 5, Companies Act. de 1948.

lo establecido para el caso de que la Junta no proceda al nombramiento del «Auditor». En tal supuesto el nombramiento no corresponde a los tribunales, como en el Derecho alemán y francés, sino al «Board of Trade»¹¹⁰ en su carácter de defensor del interés público.

En definitiva, en el derecho Comparado, como regla general y salvo las excepciones apuntadas, corresponde a la Junta general el nombramiento de los censores.

En nuestro país, el criterio seguido por la Ley de Sociedades anónimas para el nombramiento del Censor jurado de cuentas¹¹¹, difiere sustancialmente del reseñado en el Derecho comparado. Nuestra Ley, a fin de otorgar una cierta protección a los accionistas minoritarios y rompiendo el principio general¹¹² establecido en su artículo 48 a cuyo tenor «los accionistas constituidos en Junta decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la Junta», concede en su artículo 108, 2¹¹³, a la minoría que represente al menos la décima parte del capital desembolsado, cuando el voto de los accionistas no fuese unánime en la designación de los censo-

110 Art. 159, 3 y 4, Companies Act. de 1948.

111 La intervención de los Censores Jurados de Cuentas, que no figuraba recogida en el Anteproyecto, se introdujo en la Ley como consecuencia de las críticas y propuestas de modificaciones que se presentaron en el periodo de información pública, pero los redactores de la Ley, aceptando parcialmente algunas de las sugerencias presentadas, no se atrevieron, sin embargo, a dar el paso definitivo que suponía la censura de cuentas de carácter obligatorio y realizada por profesionales técnicos independientes. (Vid. POLO, *Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima*, op. cit. pág. 201 y ss.).

112 El carácter excepcional del sistema es señalado especialmente por GARRIGUES, *Comentario a la ley de Sociedades Anónimas*, II, op. cit. pág. 470, y RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 318. En contra de que el sistema de designación del Censor Minoritario suponga la ruptura del principio general establecido en el art. 48, VICENT CHULIA, «El sistema de censura de cuentas en la ley de Sociedades Anónimas», en *La Ley*, n.º 1.925, 1985, pág. 4.

113 El sistema establecido en el artículo 108 para la designación del Censor minoritario introduce dos modificaciones importantes a lo establecido al efecto en el Anteproyecto en su artículo 110. La primera rebajando de la quinta a la décima parte del capital desembolsado el mínimo de participación que permite la designación del Censor minoritario; y la segunda, exigiendo que éste sea miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas. Para BERCOVITZ, este segundo cambio «se hizo, sin duda, para recortar los derechos de la minoría, impidiendo que uno de los accionistas pertenecientes a ella tuviera acceso directo a la contabilidad de la sociedad». (*La auditoría en la legislación mercantil española hasta 1982*, op. cit. págs. 449).

res-accionistas, la facultad de designar otro censor efectivo y su suplente, que habrán de ser miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas y que incrementarán el número de los dos titulares y los suplentes que nombre la mayoría de accionistas¹¹⁴, con lo que se da la paradoja de que la intervención de profesionales de la censura, que son obviamente los que mayor garantía técnica ofrecen para efectuar la revisión de cuentas, se hace depender de la voluntad de la minoría. Resalta, pues, claramente, la diferencia entre nuestro sistema y el seguido en el Derecho comparado en el que no se atribuye a la minoría de accionistas la facultad de elegir directamente a los censores profesionales, autorizándoles tan solo para que acudan a los Tribunales o al «Board of Trade» en demanda de tal nombramiento.

El nombramiento del Censor minoritario plantea en nuestro sistema legal diversas cuestiones que es preciso abordar. En primer lugar conviene precisar, ya inicialmente, que el nombramiento, aunque deba efectuarse en el seno de la Junta general como expresamente reconoce nuestra doctrina y jurisprudencia¹¹⁵, corresponde sin duda a la minoría¹¹⁶. La precisión es importante y adquiere especial relieve cuando se relaciona con la posibilidad de revocación del Censor minoritario, por cuanto de ella se deduce, a nuestro juicio, la imposibilidad de la Junta de revocar el nombramiento salvo que concurra justa causa¹¹⁷, pues es obvio que reconociendo a ésta la facultad de revocar dicho nombramiento se haría poco menos que ilusoria la protección que la Ley otorga a la minoría¹¹⁸, por lo que GIRÓN conside-

114 Vid., GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, op. cit. pág. 471.

115 Vid. por todos, GARRIGUES, *Comentario a la ley de Sociedades Anónimas*, II, op. cit. pág. 478. Es rotundo en este sentido el Considerando segundo de la sentencia de 25 de enero de 1968 que dice «el nombramiento de los censores ha de hacerse en la Junta general y no como en el presente caso, que el tercer censor ha sido nombrado por dos miembros de la minoría extemporaneamente al final del ejercicio que tenían que censurar».

116 El ART. 108 es taxativo al respecto al disponer «que podrán ser nombrados por la minoría otro efectivo y su suplente».

117 BERCOVITZ, *La auditoría en la legislación mercantil española hasta 1982*, op. cit. pág. 451. Por justa causa, aplicando analógicamente lo que GARRIGUES (*Comentario a la Ley de Sociedades anónimas*, op. cit. pág. 112) y URÍA, (*Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 259) entienden por tal en relación con la separación de los administradores de la sociedad, cabe entender toda conducta que implique dolo, negligencia grave o abuso de facultades.

118 Vid., en este sentido, GIRÓN, *Derecho de Sociedades anónimas*, op. cit. pág. 393; y BERCOVITZ, *La auditoría en la legislación mercantil española hasta 1982*, op. cit. pág. 451.

rando la minoría como «Colegio» en si misma, entiende ser de aplicación la teoría de las Juntas de grupos especiales, estimado en consecuencia que solo la propia Asamblea minoritaria que nombró al censor puede decidir por mayoría su revocación¹¹⁹, solución que para RUBIO «tropieza con la dificultad práctica de repetir las minorías que se definieron en la Junta general que lo designó»¹²⁰. En todo caso resulta evidente que la revocación tendría que hacerse en una Junta general extraordinaria, toda vez que en la ordinaria siguiente a la del nombramiento el censor ya habría realizado su función careciendo de sentido su revocación. Hay que advertir, además, que el nombramiento del Censor minoritario debe reputarse, del tenor literal del Artículo 108, 2, que alude a «otro censor efectivo y su suplente» como independiente, complementario y en modo alguno excluyente del de los accionistas censores¹²¹.

En segundo lugar, hay que constatar que el nombramiento debe realizarse dentro del grupo minoritario que represente, al menos, la décima parte del capital desembolsado, por mayoría de votos. Mayoría que, en defecto de precepto expreso de la Ley en otro sentido, debe computarse de acuerdo con el criterio general seguido por ésta para la adopción de acuerdos en las Juntas generales, es decir, en proporción al capital suscrito¹²². En

119 GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 394, Vid., sobre Juntas especiales, GARCÍA LUENGO, R.B. *Régimen Jurídico de las Juntas Especiales en la Sociedad anónima*, Salamanca, 1980.

120 RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 320.

121 El nombramiento del Censor minoritario es independiente del de los accionistas censores. No resulta admisible, pues, la interpretación de la Ley que hizo el T.S. en Sentencia de 29 de marzo de 1960, que en aplicación del artículo 108 otorga a la mayoría el nombramiento de un censor accionista y su suplente, concediendo a la minoría la elección de otro censor y su suplente. La interpretación correcta puede encontrarse en la posterior Sentencia de 26 de febrero de 1975 según la cual la Ley otorga a la mayoría el nombramiento de los censores accionistas y sus suplentes y concede a la minoría, siempre que representen la décima parte del capital desembolsado, la elección de otro censor y su suplente. Vid. sobre este tema las posiciones de GARRIGUES, (*Comentario a la Ley de Sociedades anónimas*, II, op. cit. pág. 471; y BERCOVITZ, *La auditoría en la legislación mercantil española hasta 1982*, op. cit. pág. 451 y 452).

122 En este sentido se manifiestan, entre otros, GARRIGUES, *Comentario a la Ley de sociedades Anónimas*, II, op. cit. pág. 471; y GIRÓN, *Derecho de Sociedades anónimas*, op. cit. pág. 390. El mismo criterio se mantiene por el T.S. en Sentencia de 27 de diciembre de 1973, anulando el nombramiento de los Censores Jurados de Cuentas «puesto que contrariamente a lo dispuesto en la Ley y en los Estatutos para su votación se discrimina entre capital social desembolsado y suscrito, tomándose la mayoría, por la que fueron nombrados, con arreglo al desembolsado, cuando lo debió ser al suscrito».

el supuesto de existir dentro de la minoría varios grupos que reúnan los requisitos establecidos, entendemos que no se puede deducir sin más del texto legal la procedencia de que cada uno de ellos nombre un censor, debiendo hacerlo, por el contrario, solamente el que de ellos posea el mayor número de votos¹²³, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 108,2, cuando determina que el nombramiento del censor representante de la minoría se decidirá «por el mayor número de votos dentro del aludido grupo minoritario».

Más, ¿debe mantenerse el mismo criterio cuando los propios Estatutos sociales, previendo esta posibilidad, permitan, por ejemplo, que cada grupo integrante de la minoría que represente la décima parte del capital desembolsado, nombre un censor? La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 27 de junio de 1977, se pronunció en contra de la admisibilidad de una cláusula estatutaria que disponía que «si fueren varios los que quisieren nombrar censor jurado de cuentas, cada grupo que represente el cinco por ciento del capital social podrá nombrar uno por su cuenta», considerando que «en tanto subsista el actual sistema legal, el carácter imperativo que presenta la norma contenida en el artículo 108 de la Ley, impide su modificación o derogación por la cláusula estatutaria discutida».

La doctrina así sentada resulta discutible, de una parte, porque relaciona valores heterogeneos pues mientras el artículo 108 se refiere al capital desembolsado la cláusula estatutaria referida alude al capital social. De otra, porque aparentemente no se percata que el requisito cuantitativo de representación de la décima parte del capital desembolsado podría estar cubierto con la representación del cinco por ciento del capital social, toda vez que, mientras que la sociedad no tenga desembolsado más del cincuenta por ciento del capital social, el cinco por ciento de éste es superior al diez por ciento del desembolsado. Finalmente, porque en la Ley de sociedades anónimas, el carácter imperativo de un precepto, que indudablemente tiene el artículo 108, significa un mínimo de protección de los intereses que en el se tutelan, lo que no excluye, ciertamente, que los Estatutos puedan reforzar ese mínimo, elevándolo por encima del nivel legal. Por todo ello no pa-

123 Vid. ARANA, *La censura de cuentas en las sociedades anónimas*, op. cit. pág. 233; BERCOVITZ, *La auditoría en la legislación mercantil española hasta 1982*, op.cit. pág. 452; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 207.

rece arriesgado afirmar la congruencia del mínimo establecido en el artículo 108 con una cláusula estatutaria que, elevando el mínimo legal, permita el nombramiento de más de un censor representante de la minoría, máxime cuando ello supone una mayor protección de ésta y siempre naturalmente que tal situación no sea obstáculo que haga imposible en la práctica la censura de cuentas¹²⁴.

Por otra parte, debe reprobarse al estimarse ilícita, entendiéndolo así tanto la doctrina¹²⁵ cuanto la jurisprudencia¹²⁶, la corruptela práctica según la cual la mayoría de accionistas se desdobra artificialmente en el momento de nombrar los accionistas censores, con la exclusiva finalidad de conseguir la mayoría de la minoría y nombrar así, también, al censor minoritario, por cuanto tal actitud supone un evidente abuso de derecho (Art. 6, 3.º, Código Civil) que lleva implícita la frustración del derecho que la Ley concede a la minoría.

Veamos, finalmente, cual es el planteamiento de la materia relativa al nombramiento y revocación en el Anteproyecto de LSA. El art. 199, siguiendo lo dispuesto en los arts. 55 y 56 de la Propuesta de V Directiva CEE¹²⁷, atribuye a la Junta general el nombramiento de las personas que deban ejercer el control de cuentas, sin predeterminedar su número pero exigiendo sean designados tantos suplentes como titulares. Con carácter excepcional —cuando la Junta general no haya procedido al nombramiento

124 En este sentido, Vid. GIRÓN, *Derecho de Sociedades anónimas*, op. cit. pág. 390; y ARANA, *La censura de cuentas en las Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 234.

125 En contra de la licitud de esta práctica se manifiestan, entre otros, GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 471; BERCOVITZ, *La auditoría en la legislación mercantil española hasta 1982*, op. cit. pág. 452; ARANA, *la censura de cuentas en las sociedades anónimas*, op. cit. pág. 234; POLO, *Ante una nueva reforma de la sociedad anónima*, op. cit. pág. 206; RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 319; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 207; URÍA, *Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 270.

126 Vid., las Sentencias del T.S. de 29 de Marzo de 1960, 28 de Octubre y 4 de Noviembre de 1961, 25 de Octubre de 1969 y especialmente la de 14 de Mayo de 1985 objetode comentario por VICENT CHULIA, en el «Sistema de Censura de Cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas», op. cit. págs. 1 y ss.

127 La primera Propuesta de V Directiva apareció en el J.O.C., n.º 131, de 13 de diciembre de 1972. La Propuesta modificada se publicó en el Bulletin des Communnautes Européennes, n.º 6/1983.

de los censores o los nombrados no pueden cumplir sus funciones— se prevé el nombramiento judicial a instancia de los administradores o de cualquier accionista.

El nombramiento se hace para un periodo determinado que, al igual que en la citada Directiva, no podrá ser inferior a tres años ni superior a seis, pero a diferencia de aquella el Anteproyecto prohíbe la reelección para un periodo sucesivo inmediato. Esta prohibición no es ciertamente regla común en la totalidad de los países europeos en los que los auditores suelen mantenerse con carácter prácticamente indefinido ya que ello supone la mayor garantía de la eficacia en su trabajo, especialmente en las grandes compañías, en las que la entrada de nuevos auditores entraña la dificultad de tener que investigar el pasado, aunque sea reciente, de la compañía para poderse formar una imagen suficientemente fiable de la realidad actual¹²⁸.

En cuanto a la revocación el Art. 201 del Anteproyecto establece que los revisores de cuentas no podrán ser revocados sin justa causa por la Junta general antes de que finalice el periodo para el que fueron nombrados. El criterio establecido en el Anteproyecto, idéntico al existente en el Derecho comparado¹²⁹, debe estimarse acertado pues parece imprescindible dotarles de la necesaria estabilidad para el desempeño de su cargo, considerando los intereses que deben proteger, que evidentemente exceden los de los socios abarcando también los de los acreedores, trabajadores y terceros en general¹³⁰.

3. NATURALEZA JURÍDICA.

Siendo el criterio doctrinal mayoritariamente favorable a la consideración de los censores como verdadero órgano social¹³¹, a pesar de que, cohe-

128 GARCÍA-PITA, *Aspectos jurídicos de la auditoría de empresas*, op. cit. pág. 77.

129 Vid. los Arts. 227 de la Ley francesa de Sociétés Commerciales de 24 de julio de 1966, 2.400 del Código Civile italiano, 160, 1, de la Companies Act. de 1948, y 61 de la Propuesta de V Directiva CEE.

130 ARANA, *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de revisión de cuentas*, Madrid, 1981, pág. 44.

131 Así se manifiesta GARRIGUES para quien «en la Ley española de Sociedades Anónimas el órgano de fiscalización está constituido por los censores de cuentas», *Curso de De-*

rente con su Exposición de Motivos¹³² la L.S.A. como observa SÁNCHEZ CALERO¹³³ no incluye a los censores en el capítulo IV dedicado a los «órganos de la sociedad», lo que para VICENT CHULÍA no ha de significar un obstáculo insuperable toda vez que la ley tampoco incuye en el capítulo IV a los liquidadores que también son considerados doctrinalmente como órgano social¹³⁴, cabe preguntarse si tal carácter orgánico debe entenderse aplicable al Censor minoritario. A favor de su consideración de órgano, que compartimos, se pronuncia de modo expreso BERCOVITZ¹³⁵, GIRÓN¹³⁶, MARTI¹³⁷, SÁNCHEZ CALERO¹³⁸, VICENT CHULÍA¹³⁹, así como la jurisprudencia del T.S.¹⁴⁰. En la misma línea, aunque sin pronunciamiento expreso, cabe entender la posición de GARRIGUES¹⁴¹, surgiendo ciertas dudas sobre el criterio de URÍA¹⁴².

recho Mercantil, I, op. cit. pág. 515. En la misma línea se manifiestan, entre otros, ARANA, *La censura de cuentas en las Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 164; BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 269; GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 388; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 206; URÍA, *Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 269. En contra POLO, en base a que la Exposición de Motivos declara expresamente que la omisión de un órgano encargado esencialmente de la vigilancia y fiscalización de la gestión social ha sido deliberada. (*Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima*, op. cit. pág. 206), y con el mismo fundamento RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 316.

132 Vid. cita n.º 89.

133 SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 207.

134 VICENT CHULÍA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I, 2.º ed. Barcelona 1986, pág. 397.

135 BERCOVITZ, *La Auditoría en la legislación mercantil española hasta 1982*, op. cit. pág. 454.

136 En este sentido se manifiesta GIRÓN cuando escribe que «La fórmula de designación no debe considerarse relevante si la Ley atribuye a la función el carácter orgánico (*Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 389).

137 MARTI añade que «ambos (censores) se complementan, integrando, por consiguiente, un único órgano, no dos con iguales funciones revisoras» (*Una posible interpretación de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de censura de cuentas*, op. cit. pág. 202).

138 SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 207.

139 VICENT CHULÍA, «El sistema de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas», op. cit. pág. 8.

140 Vid. las Sentencias de 23 de abril de 1966 y 5 de febrero de 1972.

141 GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, op. cit. págs. 477 a 479.

142 URÍA, *Derecho Mercantil*, op. cit. págs. 269 a 271.

4. FUNCIONES.

A) El examen.

En principio la función que corresponde al Censor minoritario es la misma que la Ley atribuye a los accionistas-censores¹⁴³ examinar e informar sobre el balance, la cuenta de Pérdidas y Ganacias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la Memoria (relativa a la situación económica de la compañía y al curso de sus negocios, según previene el Art. 102-2), como expresamente reconoce nuestro T.S. cuando afirma que «la misión de unos y otros censores es la de examinar las cuentas formuladas por los administradores y redactar su informe por escrito sobre su exactitud y veracidad o haciendo los reparos que estime convenientes, para situar a los accionistas en condiciones de poder emitir su voto con conocimiento de causa»¹⁴⁴.

Ello no obstante, la actividad a desarrollar en concreto por el Censor Minoritario, en el ejercicio de su función, difiere sustancialmente de la que corresponde al accionista-censor. Frente a quienes como RUBIO sostienen que la distinción entre atribuciones de uno y otro censor tiene en el texto legal muy difícil apoyo y resulta más teórico que real debiendo en ambos casos limitar, en principio, su revisión a la materia de rendición de cuentas y presentación de balances¹⁴⁵, es mayoritaria la doctrina que del tenor del Art. 108 deduce que la función del Censor minoritario se perfila de conte-

143 Vid. BERCOVITZ. *La auditoria en la legislación mercantil española hasta 1982*, op. cit. pág. 454.

144 Vid. Considerando Segundo de la Sentencia del T.S. de 23 de abril de 1966.

145 Tal criterio se deduce para RUBIO tanto de su propia denominación como del tenor y aún de la sistemática de la Ley; ambos se reglamentan conjuntamente en el capítulo VI, relativo al balance, y no, por ejemplo, en el IV, titulado «órganos de la sociedad», concluyendo que no se advierte bien cual pueda ser el límite que separe de modo preciso la extensión de las investigaciones respectivas, porque tanto en un caso como en otro se alude a los antecedentes de la contabilidad y en ambos quedarán realmente incluidos todos los que se estimen oportunos, ya que cualquier acto de gestión tiene su reflejo en la marcha financiera del negocio. (RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 322).

nido más limitado que la de los censores-accionistas¹⁴⁶. No cabe olvidar en este sentido que la L.S.A. utiliza distintas expresiones al regular las competencias de uno y otro censor. Así mientras que al referirse a los accionistas-censores la Ley dispone que podrán examinar «la contabilidad y todos los antecedentes con la mayor amplitud» lo que supone el examen, además de la contabilidad, de todo tipo de antecedentes aunque no sean de estricto carácter contable; cuando lo hace a las funciones del Censor minoritario se dispone en la Ley que éstos podrán examinar la contabilidad y todos los documentos y antecedentes «relativos a los hechos contables», por lo que, en consecuencia, la competencia del Censor minoritario debe entenderse restringida y referida únicamente a lo relativo a los «hechos contables»¹⁴⁷. A ello hay que añadir en opinión de ARANA que si la Ley ha dado diversa formulación al campo de las atribuciones de unos y otros censores, parece correcto proceder a una interpretación que no conduzca a hacer inútil el texto legal¹⁴⁸.

En definitiva, la misión del Censor minoritario, concluye GARRIGUES, «consiste en comprobar si se han cumplido o no los preceptos de la Ley sobre la formulación del balance y de la cuenta de resultados, y si se han respetado las normas que la prudencia y el uso de los negocios aconsejan en cuanto a la amortización de los bienes del activo»¹⁴⁹.

No existen diferencias, sin embargo, en cuanto se refiere al ámbito temporal de que disponen uno y otro censor para el desarrollo de la función de censura, pues en ambos casos el Art. 108 otorga el mismo plazo «un mes» que ha de entenderse anterior, cuando menos, a los quince días precedentes a la celebración de la Junta, conforme a lo dispuesto en el Art.

146 GARRIGUES, *Comentario a la ley de Sociedades Anónimas*, II, op. cit. pág. 475; BERCOVITZ, *La auditoría en la legislación mercantil española hasta 1982*, op. cit. pág. 457; JIMÉNEZ DE PARGA y otros, *Auditoría de cuentas*, op. cit. pág. 177; SÁNCHEZ CALERO, *La determinación y la distribución del beneficio en la Sociedad anónima*, op. cit. pág. 93 y ss.; VICENT CHULÍA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 398.

147 Del reconocimiento legal de que los accionistas-censores «podrán examinar la contabilidad y todos los antecedentes con la mayor amplitud» deduce SÁNCHEZ CALERO que mientras la ley atribuye a estos una competencia que abarca incluso el control de la gestión, el Censor Minoritario le reserva exclusivamente funciones contables. (*La determinación y la distribución del beneficio en la Sociedad Anónima*, op. cit. pág. 93 y ss.).

148 ARANA, *La censura de cuentas en las sociedades anónimas*, op. cit. pág. 140.

149 GARRIGUES, *Comentario a la ley de Sociedades Anónimas*, II, op. cit. pág. 475.

110¹⁵⁰ y computarse desde el momento en que los administradores les sometan a examen e informe las cuentas, pues hasta entonces los censores no tiene conocimiento formal de que las citadas cuentas hayan sido ya elaboradas¹⁵¹. Por otra parte el plazo de un mes debe reputarse de carácter mínimo e irreductible, sin que por ninguna causa (capacidad técnica del censor, importancia y dimensiones de la sociedad y contabilidad de la misma, etc.) pueda por lo tanto, ser reducido ni por la Junta general, ni por cualquier otro órgano social¹⁵².

Es cuestionable, por otra parte, si la limitación al orden contable del cometido del Censor minoritario es aplicable igualmente en cuanto se refiere al supuesto de investigación extraordinario aludido en el Art. 109 de la Ley. De la referencia del citado artículo a los «censores», sin mayor precisión, para aclarar en revisión extraordinaria los extremos o anomalías que sean sometidos a su examen, cabría deducir, inicialmente, que la referencia siendo genérica abarca tanto a los censores-accionistas cuanto al Censor minoritario, pudiendo deducir, en consecuencia, que éste dispondría al efecto de las mismas facultades que aquellos, superando por tanto el ámbito estricto del control contable. Mas no es fácil encontrar, no deduciéndose del texto legal, razones suficientes que justifiquen un planteamiento diferente en el contenido de la función del Censor minoritario según el trate del supuesto ordinario de censura o de la investigación extraordinaria, no ofreciendo tampoco el carácter extraordinario de la investigación apoyo suficiente, dado que tal carácter no se predica por razón de la naturaleza y contenido de la función a realizar, sino más bien por el momento de realizarse —en cualquier momento—, por el hecho objeto de investigación —aclarar los extremos o anomalías que sean sometidos a su examen—, e, incluso, por el sujeto solicitante de la investigación —accionistas que representen, por lo menos, la tercera parte del capital so-

150 Vid. S.S. de 26-2-1975 y 20-Junio-1981.

151 La S.S. de 23 de abril de 1960 y 26-2-1975 destacan la obligación impuesta a los administradores de someter las cuentas a examen e informe de los censores con tiempo suficiente para que estos puedan ejercitar las facultades investigadoras en el plazo fijado en el Art. 108 «máxime cuando los censores, sean o no accionistas, no pueden saber cuando han formulado las cuentas los administradores, dado que estos tiene un plazo máximo de cuatro meses para ello, hasta que los mismos no les recaben su revisión y censura».

152 Vid. Sentencia T.S. de 26-2-1975.

cial desembolsado—. Por ello entendemos que la interpretación del Art. 109 no puede hacerse aisladamente, sino en concordancia con el Art. 108 del propio texto legal, en el sentido de que para delimitar las funciones del Censor minoritario en el supuesto de investigación extraordinaria, sirvan de pauta las orientaciones generales establecidas para la censura de cuentas ordinaria, por lo que manteniendo la debida coherencia y continuidad de criterios y habida cuenta de que el Art. 108 encomienda al Censor minoritario una misión referida exclusivamente a la contabilidad, deducir, por consiguiente, la aplicación del mismo criterio en el supuesto de investigación extraordinaria. De esta manera no se produce contradicción alguna en el espíritu de los dos artículos referidos y se armonizan, justa y certeramente, ambos preceptos legales¹⁵³.

Por cuanto se refiere al alcance concreto del ejercicio de la función de control contable, la misión del Censor minoritario orientada legalmente, como ya quedó expuesto, a verificar la exactitud y veracidad¹⁵⁴ de los datos consignados en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias y a los criterios de valoración y amortización seguidos por la sociedad en el ejercicio, puede concretarse, sin pretender su análisis exhaustivo que corresponde en mayor medida al estudio puramente contable, a los siguientes extremos¹⁵⁵. En primer lugar habrá de comprobarse la regularidad formal de las anota-

153 ARANA. *La censura de cuentas en las Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 250. En relación con esta cuestión son particularmente orientativas las palabras de GIRÓN al señalar «A pesar de que la Ley no lo distinga la heterogeneidad del órgano exige que la investigación extraordinaria solo pueda ser encomendada al censor jurado cuando haya de versar sobre hechos contables». (GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*. op. cit. pág. 397).

154 Art. 2.º-3, IV Directiva sobre regulación de las cuentas anuales de 25-julio-1978. (Vid. BISBAL, J. «El interés público protegido mediante la disciplina de la contabilidad. (Notas sobre la IV Directiva del Consejo de la CEE)». *R.D.M.* 1981, pág. 260.

155 En relación con esta cuestión sostiene BROSETA que el control contable debe tener por objeto una triple finalidad esencial «1. Controlar y comprobar la «regularidad formal» de la contabilidad, o sea, el debido respeto de las reglas y técnicas jurídicas y contables. 2. Controlar y comprobar la «regularidad sustancial» de que la gestión de los administradores, en lo que corresponde se traduce debidamente en anotaciones contables, cuando debe dar lugar a ellas. 3. Controlar, comprobar y tutelar la llamada «transparencia de los documentos contables», o sea que estos expresan la exacta situación patrimonial y financiera de la empresa, tanto desde una perspectiva dinámica como estática. («Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas y sobre la verificación contable en el Código de Comercio» op. cit. pág. 63).

ciones contables verificando la exactitud material, incluso aritmética de las operaciones reflejadas en los libros y cuentas sociales¹⁵⁶. En segundo lugar deberá constatar la concordancia entre las anotaciones contabilizadas y la realidad extracontable en orden a comprobar acorde con lo dispuesto en el Art. 38 del Código de Comercio y reiterado en el 108 de la L.S.A. que el balance y la cuenta de Pérdidas y Ganancias reflejan adecuadamente la situación patrimonial de la empresa o como señala la IV Directiva de la C.E.E., que las cuentas anuales ofrecen «una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad»¹⁵⁷. Por último, procederá comprobar si en la llevanza de la contabilidad se ha respetado la normativa legal establecida al respecto en el Código de Comercio, en el Plan General de Contabilidad o en el Plan Sectorial que corresponda, en la Ley de Sociedades Anónimas y en las particulares que sean de aplicación, así como, en su caso, la normativa contenida en sus propios estatutos¹⁵⁸.

Corroborando lo expuesto, el Art. 41 del Código de Comercio que, tras la reforma de la Ley de 21 de julio de 1973¹⁵⁹ ha introducido en nuestro ordenamiento la verificación contable con carácter general, dispone que «la verificación entrañará una comprobación por el experto bajo su responsabilidad en medida que resulte indispensable¹⁶⁰, de la contabilidad y sus justificantes». Se trata, pues, de verificar «los hechos contables» que tengan repercusión sobre los documentos anuales (balances y cuenta de

156 Salvo en los supuestos en que existan indicios racionales de irregularidades parece que en este punto será suficiente la realización de un control ponderado pero no necesariamente exhaustivo (FRE, *Società per azioni*, op. cit. pág. 456).

157 Expresiones similares a las de claridad y exactitud se contienen con la misma significación en la normativa legal europea. Así «Regularite et Sincerite», en el Art. 228 de la ley de Societes Commerciales francesa de 1966; «Chiarezza e precisione» en el Art. 2.423 del Codice Civile italiano; «true and fair view» de la Companies Act de 1948 y similares en la de 1980.

158 Vid. GARCÍA-PITA, *Aspectos jurídicos de la auditoria de empresas*, op. cit. pág. 89.

159 Vid. BLANCO CAMPAÑA. J.: *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid 1980. pág. 263 y ss.; BROSETA, «Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas y sobre la verificación contable en el Código de Comercio», op. cit. pág. 73 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F.: «Los censores de cuentas y la verificación contable prevista en el Código de Comercio», *Rev. del Instituto C.J.C.*, 1975, n.º 2, págs. 70 y ss.

160 en el Proyecto se pensaba en una comprobación «Tan amplia como se necesaria».

pérdidas y ganancias). De ello deduce BLANCO CAMPAÑA que la verificación comporta la comprobación de la idoneidad de la organización contable para la correcta llevanza, de la claridad y exactitud de las cuentas, su concordancia con antecedentes y comprobantes, el cumplimiento de los requisitos de legalidad material y formal, la aplicación de los principios y criterios legales o contables de inclusión de partidas en el balance y de valoración, procedencia o no de coeficientes de amortización y, finalmente la corrección o no de la determinación de resultados¹⁶¹.

Por su parte, el Anteproyecto, siguiendo el criterio de conceder la máxima amplitud de la función de censura de cuentas contenida en el Art. 59 de la Propuesta de V Directiva CEE¹⁶², dispone en su Art. 201, párrafo primero, que los revisores de cuentas podrán obtener de la sociedad, sin limitación alguna, todas las informaciones y documentos que crean útiles y proceder a todas las verificaciones que estimen necesarias. En su virtud se dota al censor para el ejercicio de su función de las más amplias facultades de inspección y verificación, lo cual es realmente lógico, justo y plenamente acertado¹⁶³ y supone, además, suprimir la posibilidad de que gozan actualmente los administradores, según el Art. 108 de la vigente Ley, de limitar el derecho de examen de los censores en casos de excepcional importancia cuando así lo exija el interés social gravemente comprometido.

Examinando lo dispuesto en nuestro ordenamiento con lo previsto al efecto en el Derecho comparado no parece arriesgado entender que la función encomendada al Censor minoritario guarda cierto paralelismo con la que corresponde en aquel a los órganos que tienen a su cargo la revisión contable. Así en Alemania, al Censor de cuentas ordinario «Abschlussprüfer» le corresponde, en cuanto órgano básico de control contable, la obligación de verificar si el balance, la cuenta de Pérdidas y ganancias y la Memoria se adecuan a lo preceptuado legal y estatutariamente, y a los censores extraordinarios «Sonderprüfer» cometidos singulares: al «Sonderprü-

161 BLANCO CAMPAÑA, J.: *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, op. cit. pág. 272.

162 Las personas encargadas de la auditoria de las cuentas tienen el derecho de obtener de la sociedad todas las informaciones y documentos que sean útiles, así como de proceder a todas las verificaciones necesarias. (Art. 59. Propuesta modificada de V Directiva).

163 ARANA, *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de revisión de cuentas*, op. cit. pág. 46.

fer» especial en relación con las modificaciones de capital, y al «Sonderprüfer» extraordinario cuando exista motivo fundado para pensar que en un balance ya aprobado figuran partidas infravaloradas o la Memoria no se ajusta a la normativa legal¹⁶⁴. En Francia desde la Ley de 1867, en la redacción del D-L, de 31-8-1937, la misión fundamental de los «Commissaires aux Comptes» consiste en verificar la exactitud de las cifras del balance y Cuentas de pérdidas y ganancias y su concordancia con la realidad de las operaciones sociales. En esta línea la Ley de 1966 señala específicamente que corresponde a los «Commissaires» certificar que las cuentas anuales son regulares y sinceras y que ofrecen una imagen fiel del resultado de las operaciones del ejercicio y de la situación financiera y patrimonial de la sociedad al final del ejercicio¹⁶⁵, disponiendo al efecto de las más amplias facultades investigadoras en el orden contable, pero excluyendo absolutamente cualquier intervención en el ámbito de la gestión social¹⁶⁶. Las funciones del «College Sindacale» italiano son, por el contrario, de mayor amplitud al abarcar tanto el control de la gestión cuanto la censura de cuentas. En cuanto a esta respecta el Codice Civile impone a los «Sindaci» el deber de comprobar la regularidad en la llevanza de la contabilidad social, la concordancia del balance y la cuenta de pérdidas y ganancias con las anotaciones de los libros contables así como el respeto a las normas establecidas en el Art. 2.425 para la valoración del patrimonio social¹⁶⁷. En el sistema inglés la misión del «Auditor» se constriñe exclusivamente al campo de actuación del control contable correspondiéndole, en consecuencia, la comprobación de si la contabilidad del ejercicio ha sido llevada correctamente de manera que ofrezca «una visión verdadera y clara— la famosa expresión «true and fair view» de la que surgió la idea de la imagen fiel de la situación de los negocios»¹⁶⁸, no limitándose en su actuación a la mera comprobación de la exactitud aritmérica del balance, sino debiendo indagar también su exactitud material. Por el contrario le está

164 Arts. 148, 152, 1.º y 160, 2.º y 3.º, AktG. de 1965.

165 Art. 228, 1.º, Ley de 24-Julio de 1966, en la redacción dada por la Ley de 30 de Abril de 1983.

166 Art. 228, 2.º Ley de 24 de Julio de 1966. Vid. sobre el tema GUYÓN COQUE-REAU, *Le Commissariat aux Comptes*, op. cit. pág. 85.

167 Art. 2.403 Codice Civile.

168 Art. 149. 1, Companies Act. de 1948.

vedado al «auditor» el control de la gestión, no pudiendo enjuiciar la actuación de los administradores, aunque sí está autorizado para asistir a la Junta pudiendo formular en ella cuantas observaciones estime oportunas en relación con los hechos contables¹⁶⁹.

B) EL INFORME.

Deber principal del Censor minoritario es el relativo a la elaboración de un informe cuyo contenido, a semejanza de los dispuesto en el Derecho comparado respecto de los censores profesionales¹⁷⁰, debe referirse exclusivamente a los aspectos puramente contables de la sociedad de conformidad con los dispuesto en el Art. 108. 2: in fine, que señala textualmente que el citado informe «Salvo pronunciamiento expreso de la Junta general en contrario, solo habrá de referirse a la exactitud y veracidad de los datos consignados en el balance y cuenta de pérdidas y ganancias, y a los criterios de valoración y de amortización seguidos en el ejercicio por la sociedad». Se trata pues de un informe técnico¹⁷¹ referido a la materia contable y que en modo alguno puede suponer fiscalización de la gestión social, aunque ésta siempre resulte controlada, aunque sea indirectamente, habida cuenta de que las cifras contables son siempre resultado y reflejo de dicha gestión.

Especial atención merece la frase «salvo pronunciamiento expreso de la Junta general en contrario» del citado Art. 108, que sugiere dos interesantes cuestiones en relación con el contenido del informe a elaborar por el Censor minoritario. La primera referida al orden competencial, porque, aunque el carácter imperativo del precepto legal hace incuestionable la competencia de la Junta general para determinar el contenido del informe, sorprende la atribución de tal facultad a la Junta, toda vez que no es ella quien nombra, aunque lo sea en su seno, al Censor minoritario, sino un grupo de accionistas, y no pudiendo tampoco ser revocado por ella el citado nombramiento, dándose con ello el contrasentido de que el órgano que

169 Art. 14.7, Companies Act. de 1967.

170 Vid. los Artículos 166 AktG. alemana, 228 de la Ley francesa de 1966 y 14 de la Companies Act de 1967.

171 El Considerando Segundo de la S. de 23 de Abril de 1966, indica que el informe «se limita a un juicio técnico sobre la forma de llevar la contabilidad y sobre la exactitud de los datos del balance».

no tiene competencia para nombrar ni para revocar el nombramiento al Censor minoritario es, en cambio, quien la tiene para modificar el alcance de su función. La segunda, admitida la competencia de la Junta para modificar el contenido del informe, plantea el alcance que cabe atribuir a dicha competencia. En este sentido entendemos, siguiendo a GIRÓN¹⁷², que lo dispuesto en el Art. 108 —referirse el informe a la exactitud y veracidad de los datos consignados en el balance y cuenta de pérdidas y ganancias, y a los criterios de valoración y de amortización— representa el límite mínimo del contenido del informe que, en modo alguno puede ser reducido por la Junta. No encontramos, en cambio, mayor impedimento en admitir que la Junta pueda ampliar el contenido del informe, pero entendiendo que tal facultad no debe ser ilimitada sino constreñida al marco delimitador de las funciones del Censor minoritario. En este contexto cabe por tanto que se exija mayor detalle o precisión genérica o específica sobre algunos extremos concretos de la contabilidad, debiendo sin embargo excluirse la posibilidad de que la Junta requiera al Censor minoritario la práctica de toda investigación en materias que sean ajenas a la contabilidad. Y todo ello sin olvidar que por esta vía se podría llegar de hecho al supuesto similar al de la investigación extraordinaria a que se refiere el Art. 109, con mayor facilidad, pues para acordarla bastaría el voto favorable de la mayoría de la Junta que puede resultar, en ocasiones, más fácil de lograr, especialmente si se trata de segunda convocatoria, que la tercera parte del Capital desembolsado que el Art. 109 exige para que la Junta pueda ordenar la investigación extraordinaria.

Conviene destacar en este punto que el Anteproyecto L.S.A., en su artículo 200, que coincide sustancialmente con el Art. 6.º de la Propuesta de V Directiva, encomienda a los revisores de cuentas además del control estrictamente contable, la comprobación del contenido del informe de gestión¹⁷³. De ello cabe deducir que las funciones de los revisores no quedan constreñidas, como sucede actualmente en el caso del Censor minoritario, a la mera verificación de la contabilidad, sino que se extienden también hacia aspectos económicos y financieros del control de la gestión¹⁷⁴.

172 GIRÓN. *Derecho de Sociedades Anónimas*. op. cit. pág. 396.

173 El contenido del informe de gestión se precisa en el Art. 192 del Anteproyecto, coincidente con el Art. 46 de la IV Directiva, de 25-Julio de 1978.

174 ARANA, *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de revisión de cuentas*, op. cit. pág. 42.

El Censor minoritario debe entregar su informe conforme dispone el Art. 108, al Presidente del Consejo de Administración y al primer firmante de la propuesta de elección, y si no se hubiera hecho por escrito, al mayor accionista de los que hubieran votado la propuesta. No aparece, sin embargo suficientemente explicitado en la Ley si el informe del Censor minoritario debe ser, al igual que el de los accionistas censores, puesto a disposición de los accionistas por el Presidente del Consejo de Administración.

En contra de la necesidad de poner a disposición de todos los accionistas, y no solo de los minoritarios, el citado informe se manifiesta GIRÓN cuando afirma que el informe que según dispone el Art. 110 debe ponerse a disposición de los accionistas, es el de los accionistas censores, pues el del Censor minoritario tiene otros destinatarios¹⁷⁵; idéntico criterio se sostiene por el T.S. en sentencias de 3 de Abril de 1962 y 16 de Diciembre de 1971¹⁷⁶.

Mayor fundamento encontramos, no obstante, en las tesis favorables a la exigencia de que el informe del Censor minoritario sea también sometido a conocimiento de la Junta, propugnados fundamentalmente por RUBIO¹⁷⁷ y BERCOVITZ¹⁷⁸.

Efectivamente hay que entender que los informes, tanto el de los Accionistas censores, como el del Censor minoritario, se elaboran en beneficio de la sociedad, de todos los socios, y no exclusivamente de los mayoritarios ni de los minoritarios respectivamente, como también expresamente señala reiterada Jurisprudencia¹⁷⁹, y para conocimiento del órgano deliberante que es, en definitiva, a quien corresponde la fiscalización de la actuación de los administradores, por lo que resulta lógico concluir que ambos informes se deben poner a disposición de todos los accionistas en los términos previstos en el Art. 110, siendo irrelevantes, en este sentido, en

175 GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 397.

176 La primera señala expresamente no ser requisito formal de exigencia imperiosa con arreglo a los arts. 108 y 110, la puesta a disposición de todos los accionistas del informe del Censor minoritario; y la segunda, que es el informe de los accionistas censores el que debe ser necesariamente expuesto a los accionistas, junto con el balance etc., no siendo, en cambio preceptivo el emitido por el Censor Jurado de cuentas.

177 RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 323.

178 BERCOVITZ. *La Auditoría en la Legislación Mercantil Española hasta 1982*, op. cit. pág. 459.

179 Sentencias de 23-Abril-1966, 5 de Febrero de 1972 y 26 de Febrero de 1975.

opinión de RUBIO, tanto el que la iniciativa para el nombramiento de quienes deben elaborar el informe haya partido de los más o, en garantía de las minorías que se resuelve en definitiva en tutela del interés social, de los menos, máxime cuando el nombramiento del Censor minoritario también se hace en el seno de la Junta; cuanto que el Censor minoritario debe entregar su informe a los miembros más significados de la minoría (primer firmante de la propuesta de elección o mayor accionista de los que hubieran votado la propuesta) pues ello no constituye sino una garantía ante la eventualidad de que el Presidente del Consejo, normalmente representante de la mayoría, pretendiera hurtar a la Junta el conocimiento del informe, y, por último, la alusión en singular al informe de los censores del Art. 110, que no es sino un residuo del Art. 112 del Anteproyecto que solo preveía el informe de los accionistas-censores¹⁸⁰. En definitiva no hay razón bastante que justifique que la ley facilite a unos accionistas, los de la minoría, unos medios para emitir su voto con conocimiento de causa y en cambio se los deniegue a otros¹⁸¹.

Complementario del deber de emitir el informe es el de guardar secreto del resultado de sus investigaciones. Aunque la ley no lo diga expresamente, la misma filosofía que justifica la imposición de esta obligación a los accionistas-censores debe resultar aplicable analógicamente al Censor minoritario. Por otra parte no hay que olvidar que la obligación de guardar en secreto la información que el Censor minoritario obtiene en el ejercicio de su función profesional le viene impuesta imperativamente por las normas específicas que regulan su actuación en cuanto perteneciente al Instituto de Censores Jurados de Cuentas¹⁸².

5. RESPONSABILIDAD.

La falta de regulación en la L.S.A. de la responsabilidad de los censo-

180 RUBIO. *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 323.

181 BERCOVITZ. *La Auditoría en la Legislación Mercantil Española hasta 1982*. op. cit. pág. 459.

182 A la obligación de guardar secreto se refieren el Art. 107 del Reglamento de Régimen Interior del Instituto de Censores Jurados de Cuentas y los Arts. 33 y ss. de su Código de Ética Profesional. (Vid. GARCÍA-PITA, *Aspectos jurídicos de la auditoría de empresas*, op. cit. pág. 48).

res, tanto de los accionistas censores como del Censor minoritario, y dada su consideración de órganos sociales, obliga a plantearse la posibilidad de aplicación analógica de la normativa que regula la responsabilidad de los administradores¹⁸³. En principio la doctrina dominante se muestra partidaria de la citada aplicación analógica, sin perjuicio de la necesidad de ciertas matizaciones derivadas de las diferencias funcionales existentes entre el órgano administrativo y el de control¹⁸⁴. Así, de lo dispuesto al efecto en el Art. 79 «los administradores ... responderán ... del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave», debe resultar que los censores responderán divilmente tan solo en el supuesto de culpa lata¹⁸⁵. Sin

183 Vid., sobre la singular problemática de la responsabilidad de los administradores en la Sociedad Anónima, entre otros: BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 268 y ss. y «La necesaria reforma del Consejo de Administración español ante la Sociedad Anónima Europea», en *Estudios CASTRO*, I. Madrid 1976, pág. 837 y ss.; CERRO, E. «Ejercicio por los Accionistas de la acción de responsabilidad de los administradores de las anónimas» *R.D.P.* 1970, pág. 625; ESTEBAN VELASCO, G.: «La representación de la sociedad frente a terceros», en *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la C.E.E.* Madrid 1978, pág. 253 y ss.; FAIREN, V.: «La responsabilidad civil de los órganos de administración de las sociedades anónimas». *R.D.P.* 1955, pág. 865 y ss.; FERNÁNDEZ PELÁEZ, M.: «Sobre responsabilidad de los administradores». *Estudios Deusto*. 1971, pág. 519; GARRIGUES, *Comentario de la ley de Sociedades Anónimas*, II, pág. 9 y ss. 156 y ss.; GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 373 y ss. y «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español» en *A.D.C.* 1959, págs. 419 y ss.; IGLESIAS PRADA, J.L.: *La administración y delegación de facultades en la Sociedad anónima*. Madrid 1971; POLO SÁNCHEZ, E. «El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas». *R.D.M.* 1965, pág. 199 y ss.; PUIG BRUTAU, J.: «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima» en *R.D.P.* 1961, págs. 361 y ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: *Consejeros delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración*. Madrid 1971; RUBIO: *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. págs. 293 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F.: *El consejo de administración en la Sociedad Anónima*. Madrid 1979, págs. 143 y ss.; SUÁREZ LLANOS, L.: «Responsabilidad de los administradores de Sociedades Anónimas» en *A.D.C.* 1962, págs. 921 y ss.; URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 265. VICENT CHULÍA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I, op. cit. pág. 384 y ss.

184 Vid. GARRIGUES. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, op. cit. pág. 418; GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 399; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 221; URÍA, *Responsabilidad de los accionistas censores de cuentas*, op. cit. pág. 6 y ss.; En contra VICENT CHULÍA *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I, op. cit.

185 URÍA, *Responsabilidad de los accionistas censores*, op. cit. pág. 14.

embargo no faltan opiniones discrepantes que, o bien no encuentran razones para eximir a los censores de la responsabilidad por culpa leve, al considerar el Art. 79 como norma de carácter excepcional que puede justificarse en el caso de los administradores en cuanto orientada a facilitar la gestión social, pero se resiste a su aplicación analógica a una tarea específica propia de la actividad de un tipo concreto de negocio¹⁸⁶; o bien, se limitan, simplemente, a señalar la conveniencia de ampliar la responsabilidad de los censores, especialmente la del Censor minoritario, a los supuestos de culpa o negligencia leve¹⁸⁷.

En todo caso entendemos que la cuestión debe tener soluciones distintas según se trate de los accionistas-censores o del Censor minoritario, pues aunque en principio ambas clases de censores forman parte del mismo órgano social y tienen encomendada, en el campo de la verificación de la contabilidad, análogas funciones, lo que podría conducir a pensar que en uno y otro caso debería exigirse la «culpa lata» para incurrir en responsabilidad, estimamos, sin embargo, que mientras que tal criterio puede ser admisible para los accionistas-censores, pues no tratándose de expertos en contabilidad parece excesivo someterles a un régimen de responsabilidad más riguroso que el de los administradores¹⁸⁸, resulta inaplicable para el Censor minoritario pues como señala ARANA¹⁸⁹, éste es un profesional que ejerce una profesión liberal al que debe exigirse los conocimientos necesarios y suficientes en materia contable, y por ende, como entiende RUBIO¹⁹⁰, una diligencia que no debe quedar enmarcada en el cuadro general de los negocios, sino en un tipo concreto de los mismos. Por todo ello, se debe exigir al Censor minoritario el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de los trabajos profesionales, valorando la diligencia y la culpabilidad en relación a la naturaleza de la actividad ejercitada¹⁹¹, y en consecuencia, como indica SÁNCHEZ CALERO, la res-

186 RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 324.

187 SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 221.

188 Vid. JIMÉNEZ DE PARGA Y OTROS. *Auditoría de cuentas. Sistemas legales*, op. cit. pág. 182.

189 ARANA. *La censura de cuentas en las sociedades anónimas*. op. cit. pág. 258.

190 RUBIO. *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 324.

191 ARANA. *La censura de cuentas en las Sociedades anónimas*. op. cit. pág. 259.

ponsabilidad del Censor minoritario debe desatarse en el supuesto de culpa o negligencia, no requiriéndose que sea grave¹⁹² debiendo, en definitiva, en opinión de VICENT CHULÍA, «responder de culpa leve y aún levísima»¹⁹³.

Finalmente, también de la aplicación analógica de lo dispuesto en cuanto a los administradores, resulta que la responsabilidad, que no es solidaria, podrá ser exigida, conforme a lo establecido en el Art. 80 L.S.A., tanto por la propia sociedad como por los accionistas que representen la décima parte del capital social si aquella no lo hiciere. Debe también aceptarse la posibilidad de ejercicio de las acciones de indemnización que puedan corresponder, según el Art. 81 L.S.A., a los socios y a los terceros por los actos del censor que lesionen directamente sus intereses. Resulta controvertido, no obstante, la conveniencia de hacer extensiva a esta materia la acción que el Art. 80 en su párrafo tercero concede a los acreedores cuando tienda a reconstruir el patrimonio social, pues mientras URÍA¹⁶⁴ y RUBIO¹⁹⁵ entienden que no procede aplicar en este caso la legitimación concedida en este artículo para el ejercicio de la acción social a los acreedores, JIMÉNEZ DE PARGA, en la obra por él dirigida, sostiene que tal criterio no deja de causar perplejidad, porque si se examinan los presupuestos que dicho precepto exige para el ejercicio de la acción (que pretenda reconstruir el patrimonio social, que la sociedad o sus accionistas no la hayan ejercitado, y que resulte amenazada la garantía de sus créditos) y se relacionan dichos presupuestos con la función específica que desempeñan los censores, la procedencia de dicha acción parece de lo más oportuno¹⁹⁶.

En todo caso y en apoyo de las tesis que preconizan la aplicación analógica al Censor minoritario de las normas que regulan la responsabilidad de los administradores, conviene reseñar que el Art. 201 del Anteproyecto L.S.A., al igual que el 62 de la Propuesta de V Directiva, dispone que la responsabilidad civil de los revisores se regirá por las mismas normas (Arts. 120 y ss). que regulan el régimen de responsabilidad de los administrado-

192 SÁNCHEZ CALERO. *Instituciones de Derecho Mercantil*. op. cit. pág. 221.

193 VICENT CHULÍA. *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. op. cit. pág. 403.

194 URÍA. *Responsabilidad de los censores de cuentas*, op. cit. pág. 18.

195 RUBIO. *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 325.

196 JIMÉNEZ DE PARGA Y OTROS. *Auditoría de cuentas. Sistemas legales*, op. cit. pág. 182.

res. En consecuencia los revisores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales, de la reparación del daño que causen por actos contrarios a la Ley, a los Estatutos o que violen la diligencia con que deben desempeñar su función.

6. INCOMPATIBILIDADES.

La L.S.A. establece en su Art. 108 como única causa de incompatibilidad del Censor minoritario el ostentar la condición de accionista de la sociedad en la que haya de ejercer su función. Más a pesar de que, a diferencia de lo que ocurre con los accionistas-censores, no se consigne expresamente la prohibición de que el Censor minoritario no pertenezca al Consejo de Administración¹⁹⁷, hay que entender que dicha prohibición debe hacerse extensible a éste, siquiera sea por evitar que la misma persona sea a la vez controlador y controlado.

La regulación legal no solo es incompleta sino también ineficaz¹⁹⁸. Si lo que se pretende en la Ley es asegurar la objetividad y la independencia del Censor deberían haberse incluido como causas de incompatibilidad, cuando menos, aquellos supuesto en que bien ellos, o sus parientes hasta un cierto grado, reciban cualquier tipo de remuneración de la sociedad, o posean intereses o pertenezcan al Consejo de Administración de Sociedades del mismo grupo, de modo similar a lo establecido en otros ordenamientos¹⁹⁹, así como en la Propuesta de V Directiva²⁰⁰.

197 Aunque carece de voto la incompatibilidad alcanza también al Secretario del Consejo de Administración. (Sentencia de 22-1-1962).

198 Así lo entiende GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 391. En sentido contrario se manifiesta GARRIGUES, que entiende que con el sistema de conceder participación a la minoría en la designación de los censores quedan neutralizados, sin necesidad de ningún catálogo de incompatibilidades, los abusos a que pudiera ser inducida la mayoría, nombrando personas cuyos intereses estuvieran vinculados a los de los administradores de la sociedad (*Comentario a la ley de Sociedades Anónimas*, II, op. cit. pág. 472).

199 Vid. Arts. 220 de la ley francesa de 24-Julio-1966, en redacción dada por la Ley de 1.º de Marzo de 1984, y 2.399 del Codice Civile italiano.

200 Arts. 53 y 54 de la Propuesta modificada de V Directiva. Por su parte, la VIII Directiva que solo tangencialmente se refiere a la cuestión, remite, en su Art. 3.º, su regulación a los respectivos derechos nacionales.

Por su parte el Anteproyecto de L.S.A. regula las incompatibilidades a que quedan sometidos los revisores de cuentas, siguiendo fielmente el régimen previsto en el Art. 53 de la Propuesta de V Directiva, estableciendo la incompatibilidad de quienes desempeñen o hayan desempeñado en los últimos cinco años²⁰¹ puestos de administración o asesoramiento en la sociedad censurada o bien formen o hayan formado parte, durante el mismo periodo, del personal de la misma.

Con todo hay que reconocer, por otra parte, que la normativa que regula la actividad profesional de los miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas²⁰², al que necesariamente habrá de pertenecer el Censor minoritario, contiene un elenco de incompatibilidades y prohibiciones encaminadas a garantizar la imparcialidad del Censor²⁰³.

7. RETRIBUCIÓN.

Ante el silencio de la L.S.A.²⁰⁴ y mientras cabe pensar que los accionistas-censores pueden ejercer su cargo de manera remunerada o gratuita, si bien parece que el primer caso deberá estar previsto en los Estatutos sociales por aplicación analógica de lo dispuesto en el Art. 74 en cuanto a la remuneración de los administradores²⁰⁵, es evidente que al Censor minoritario se le deberá retribuir, aún cuando nada se haya dispuesto al efecto en los Estatutos, con arreglo a las tarifas del Instituto de Censores Jurados de Cuentas²⁰⁶.

201 El anteproyecto es en este punto, más riguroso que la Proposición de V Directiva al extender el periodo de incompatibilidad de 3 años (arts. 53 y 54) a 5 años antes de la fecha de revisión y a 10 años después.

202 Vid. Arts. 37 y ss. de los Estatutos; 82 y ss. del Reglamento de Régimen Interior y 18 y ss. del Código de Ética Profesional.

203 ARANA, *La censura de cuentas en las Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 211.

204 El Anteproyecto de L.S.A. resumiendo sucintamente en su art. 199 lo establecido al respecto en la Propuesta modificada de V Directiva, dispone que los criterios para el cálculo de la remuneración de los revisores de cuentas se fijará antes del comienzo de sus funciones y para todo el periodo de las mismas, prohibiendo que los citados revisores perciban por este concepto ninguna otra remuneración o ventaja.

205 En contra GARRIGUES, para quien no es lícito extender una normativa de carácter restrictivo, como la contenida en el art. 74 L.S.A., a supuestos no expresamente comprendidos en ella (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, op. cit. pág. 476).

206 Vid. en este sentido. JIMÉNEZ DE PARGA Y OTROS. *Auditoría de cuentas*, Sis-

En cuanto si corresponde a la sociedad o a la minoría asumir la retribución del Censor minoritario no nos ofrece duda que deba ser la propia sociedad, de una parte, por el carácter de órgano social que se atribuye a los censores y, de otra, por el reconocimiento de que no actúan en defensa de los intereses de la minoría que los nombró, sino en defensa del interés general de la sociedad.

III. CONSIDERACIONES FINALES.

De todo lo expuesto resulta, reconociéndolo así de modo unánime la doctrina, que el sistema de censura de cuentas, instaurado por la L.S.A. como compensación de la privación al accionista aislado del Derecho a investigar directamente la contabilidad social, se ha mostrado ineficaz tanto en lo que respecta a los accionistas censores —la censura por ellos practicada al no examinar suficientemente la contabilidad suele traducirse en un informe estereotipado de conformidad—, cuanto en lo relativo al censor minoritario —resulta difícil que la minoría pueda reunir el mínimo legal que permite su nombramiento—.

En concreto y por lo que respecta a este último, y aunque la L.S.A. disciplina el régimen de control contable a cargo de profesionales independientes, los miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, lo que objetivamente debe estimarse acertado, cuando menos, por cuanto pone en manos de técnicos especializados la misión de verificar la exactitud y veracidad de las cuentas sociales, hay que señalar, por una parte, que se trata de una regulación insuficiente y, sobre todo, de carácter excepcional y discrepante por tanto con el criterio vigente en el Derecho comparado en el que es

temas Legales, op. cit. pág. 1982; SÁNCHEZ CALERO. *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 209; VICENT CHULÍA. *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I, op. cit. pág. 403.

207 Así lo entiende, entre otros, GARRIGUES. *Comentario de la Ley de Sociedades Anónimas*, II, op. cit. pág. 476; GIRÓN. *Derecho de Sociedades Anónimas*, op. cit. pág. 399; SÁNCHEZ CALERO. *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 209; VELASCO ALONSO. *La Ley de Sociedades Anónimas. Anotaciones y concordancias*, op. cit. pág. 527; VICENT CHULÍA. *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, op. cit. pág. 403.

norma general encomendar el control contable a profesionales ajenos a la sociedad, y, por otra parte, que la Ley articula este control en beneficio exclusivo de los socios, que ciertamente tampoco se logra, haciendo dejación de la tutela de cualquier otro interés.

Por ello, siguiendo la orientación iniciada con el Decreto —Ley de 30 de abril de 1964 sobre Sociedades de Inversión Mobiliaria y Bolsa de Comercio y continuada con la reforma del Título III del Libro I del Código de Comercio y las disposiciones legales de 1980, y 1981, sobre Bolsas de Comercio, etc..., y a fin de lograr, junto a la ineludible homologación de nuestro ordenamiento en materia de sociedades anónimas en el ámbito comunitario, el poder disponer de un instrumento imprescindible para asegurar un adecuado grado de seguridad en el tráfico jurídico mercantil, deviene necesario al establecimiento de un sistema de control contable de carácter externo, profesional e independiente, inspirado básicamente en los siguientes postulados: 1.—Perfecta delimitación del contenido de la función de control contable diferenciándola de la de control de la gestión. 2.—Supresión de la censura interna a cargo de los accionistas-censores e implantación de la censura externa a cargo de profesionales técnicos. 3.—Preconización del control contable como instrumento de tutela de cuantos sean titulares de un interés legítimo en la transparencia contable de la sociedad, y no en beneficio exclusivo de los socios o accionistas. 4.—Ampliación del ámbito temporal de la función del censor, que no debe quedar limitada al periodo inmediatamente anterior a la aprobación de las cuentas sociales, sino extenderse a lo largo de todo el ejercicio económico. 5.—Valoración de las peculiaridades de las pequeñas sociedades anónimas en cuanto pueden aconsejar el establecimiento de algunas variantes o especialidades respecto del régimen general del control.