

1.6. Responsabilidad civil

Revisión de la responsabilidad civil contractual y extracontractual del auditor de cuentas a la luz de la jurisprudencia y de las novedades normativas: el nexo causal entre la acción ilícita y el daño

Review of contractual and non-contractual civil liability of the auditor in the light of jurisprudence and normative novelties: the causation between the unlawful action and the damage

por

CARMEN MUÑOZ DELGADO

*Profesora Asociada Doctora de Derecho mercantil UNED
Equipo de coordinación y secretaría académica del Programa de Doctorado
en Derecho y Ciencias Sociales*

RESUMEN: La responsabilidad del auditor de cuentas se rige por las reglas generales de la responsabilidad civil, si bien su imputación viene marcada, principalmente, por la relación de causalidad entre la conducta del auditor y el daño producido como consecuencia de esta. El auditor debe prestar su servicio no solo de acuerdo con el contenido del contrato suscrito con la entidad a auditar, sino también sometido a las obligaciones y deberes legales y reglamentarios fijados para el ejercicio de su actividad. El Tribunal Supremo en sus resoluciones centra su interés en estos aspectos para precisar cuándo es exigible a los auditores el resarcimiento de daños y perjuicios a la entidad auditada o a terceros.

ABSTRACT: *The auditor responsibility is regulated by the general rules of civil liability, although its imputation comes principally marked by the cause-and-effect relationship between the auditor's conduct and the damaged that might produce. The auditor must provide his service not only according to the contents of the contract signed with the entity to be audited, but also according to the legal and regulatory obligations established for the exercise of his activity. The Supreme Court resolutions focus their interest on these aspects in order to determine in which cases the compensation of damages by the auditor is enforceable.*

PALABRAS CLAVES: Auditoría de cuentas. Auditor. Responsabilidad civil. Nexos causales. Contrato de auditoría. *Lex artis*. Diligencia. Informe de auditoría.

KEYS WORDS: *Audit of accounts. Auditor. Responsibility. Causation. Audit contract. Lex artis. Diligence. Audit report.*

SUMARIO: I. REFLEXIONES INTRODUCTORIAS: LA RECIENTE STS DE 21 de septiembre de 2018.—II. EL SISTEMA JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA AUDITORÍA DE CUENTAS: 1. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES DE CUENTAS: DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA, SOLIDARIA E ILIMITADA A LA RESPONSABILIDAD LIMITADA A LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES: A) *Requisitos necesarios para la imputación de la responsabilidad civil al auditor: el comportamiento del auditor y la existencia de daños y perjuicios.* B) *La relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido. Tratamiento jurisprudencial: desde las SSTs, 1.ª, de 9 de octubre de y 14 de octubre de 2008 a la STS, 1.ª, de 21 de septiembre de 2018.* III. CONDUCTA DETERMINANTE DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD AL AUDITOR: 1. ALCANCE DE LA ACTIVIDAD DE AUDITORÍA: EL PRINCIPIO DE INTERÉS PÚBLICO. 2. CONDUCTAS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD: LAS NORMAS TÉCNICAS DE AUDITORÍA: A) *Derivadas de las obligaciones asumidas en el contrato de auditoría.* B) *Derivadas del cumplimiento de las normas rectoras de la actividad de auditoría: la diligencia debida.* C) *Derivadas de la emisión del informe de auditoría.*—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

I. REFLEXIONES INTRODUCTORIAS: LA RECIENTE STS, 1.ª, DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2018 vuelve a incidir sobre un tema de gran relevancia: la responsabilidad civil del auditor de cuentas y la necesaria concurrencia del nexo causal entre la acción ilícita y el daño. Destaca en esta relación, habida cuenta de su transcendencia, la configuración de la actividad de auditoría, al ser base y fundamento de la determinación de la regularidad o licitud de la actuación del auditor.

El artículo 1.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas determina que el auditor de cuentas tiene como labor principal «la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros».

Hay que partir, pues, de la distinción de dos rasgos importantes en la actividad del auditor. Por un lado, la verificación, consistente en constatar que la información y documentación contable ofrecidas por los administradores responden a los principios generales de contabilidad y a las normas de auditoría y que debe llevarse a cabo dentro del marco del contrato de auditoría. Y, por otro, la emisión de un informe de auditoría, documento mercantil con efectos frente a terceros y que, por ende, trasciende del ámbito contractual.

Por ello, sin dejar al margen otras posibles responsabilidades como la penal o la administrativa¹, la responsabilidad del auditor es, principalmente civil, contractual o extracontractual, dependiendo del ámbito y consecuencias de su

actuación. Por tanto, requiere del análisis de aspectos concretos de la relación auditor-sociedad auditada-terceros interesados en la información de dicha sociedad.

II. EL SISTEMA JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES

1. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES DE CUENTAS: DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

La primera regulación de la responsabilidad de los auditores de cuentas en nuestro ordenamiento jurídico tiene lugar gracias al artículo 11 de la Ley de Auditoría de Cuentas 19/1988, de 12 de julio, que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables (conocida como *Octava Directiva*). Este sistema se basa en la responsabilidad directa y solidaria frente a las empresas o entidades auditadas y frente a terceros por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones, régimen al que se añade la responsabilidad ilimitada en virtud del artículo 42 del Reglamento, dictado en desarrollo de la Ley de Auditoría². A mayor abundamiento, se establece que, si el auditor pertenece a una sociedad de auditoría, la responsabilidad alcanzará tanto al auditor como a la sociedad de auditoría e, incluso, a los restantes socios auditores que no hayan firmado el informe de auditoría de cuentas, si bien estos lo harán de forma subsidiaria y de forma solidaria entre ellos.

Este régimen será modificado por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, con la finalidad de agilizar y profundizar en el proceso de integración de los mercados financieros de la Unión Europea. De una parte, se pasa de un régimen específico de responsabilidad a la aplicación de las reglas generales del derecho privado con la particularidad de que, si la auditoría de cuentas se realiza por un auditor parte de una sociedad de auditoría, responderá solidariamente tanto el auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad. En suma, se excluye, por un lado, la mención «frente a terceros» y, por otro, la responsabilidad de los demás socios auditores que no hayan firmado el informe. De otra parte, la mencionada Ley 44/2002 incluiría ciertas novedades en el estatuto jurídico del auditor, referentes a las obligaciones de acceso a la profesión, y a la fijación de sus deberes en el desarrollo de la actividad. En este punto, su incumplimiento se constituye en uno de los criterios claves para la imputación de responsabilidad.

Ahora bien, los sucesos acaecidos en el entorno económico y financiero (Enron, Parmalat, Vivendi, Banesto, PSV), desembocaron en la desconfianza de los operadores económicos sobre la actuación de los auditores y pusieron de manifiesto la ausencia de un planteamiento armonizado de la auditoría en el ámbito de la Unión Europea capaz de reforzar los principios que debían regir esta actividad, así como su supervisión pública. Con este objeto, sería sancionada la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, que deroga la Octava Directiva. Esta nueva Directiva logra una mayor armonización de los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad de auditoría en el ámbito de la Unión Europea, partiendo de su concepción como función de interés público. Serían ampliados ciertos principios como la ética profesional, la independencia y la objetividad, y se exigiría la realización

de las auditorías de conformidad con las normas internacionales adoptadas por la Unión Europea.

Sin embargo, en la Directiva no se impone una regulación concreta sobre responsabilidad del auditor³; antes bien, encomienda a la Comisión emitir un informe sobre el impacto de las normas de los distintos Estados en esa materia y la propuesta de recomendaciones⁴. El resultado se plasmaría en la Recomendación 2008/473/CE, de 5 de junio de 2008, sobre la limitación de la responsabilidad civil de los auditores legales y las sociedades de auditoría, la cual imponía a los Estados Miembro revisar el régimen de responsabilidad en el sentido de limitar la responsabilidad de los auditores sin impedir el resarcimiento justo de las partes⁵.

De nuevo, la necesaria transposición de esta Directiva y de la recomendación de la UE produce la segunda de las reformas sustanciales de la materia objeto de estudio. Así, la Ley 12/2010, de 30 de junio, modifica el artículo 11, relativo a la responsabilidad civil, incluyendo un segundo apartado: «la responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma proporcional a la responsabilidad directa por los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional». Conviene destacar la siguiente matización: «será exigible en forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por un tercero». De modo que se consolida un régimen de responsabilidad proporcional y directa, personal e individualizada, por el que los afectados recuperarán del auditor exclusivamente aquella parte del daño imputable a su concreta acción u omisión.

Este régimen de responsabilidad civil de los auditores se mantiene en las sucesivas reformas. Así, el artículo 22 Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, mantiene la limitación de la responsabilidad, añadiendo un inciso en el apartado segundo en el que define lo que se entenderá por tercero, en idénticos términos del artículo 1.6. de la Ley de Auditoría de 1988 tras la modificación por Ley 12/2010.

La última reforma en materia de auditoría fue consecuencia de la crisis financiera de principios de siglo y la evolución posterior del contexto económico y financiero que provocó de nuevo un debate en el seno de la Unión Europea sobre cómo la actividad de auditoría podría contribuir a la estabilidad financiera. Este proceso llevó a la aprobación y publicación de la Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas y del Reglamento (UE) núm. 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público. En España, la Ley 22/2015, de Auditoría de Cuentas, adapta la legislación interna a los cambios incorporados en la normativa comunitaria y, en su artículo 26, regula la responsabilidad civil de los auditores en el ejercicio de la actividad de auditoría, sin que se haya producido modificación alguna, hasta el momento de la redacción de este trabajo, en el régimen ya previsto⁶.

Sin embargo, si bien pervive el mismo régimen de responsabilidad civil de los auditores, lo cierto es que se delimitan con mayor precisión el ámbito y las normas de actuación del auditor. Para ello, se clarifica la función que desempeña la auditoría y su alcance y limitaciones; se exige un nivel mínimo de convergencia en las normas de auditoría, como el contenido del informe de auditoría; se refuerza, de forma más restrictiva, la independencia y objetividad de los auditores en el ejercicio de su actividad, como pilar básico de la confianza que se deposita en el informe de auditoría. Todo ello con la finalidad de consolidar la independencia profesional y

prevenir conflictos de intereses fruto de la prestación de servicios ajenos a los de auditorías o consecuencia del sistema donde es el auditado quien selecciona y paga al auditor y la deriva de la «familiaridad» de las relaciones prolongadas en el tiempo.

2. DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA, SOLIDARIA E ILIMITADA A LA RESPONSABILIDAD LIMITADA A LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES

En suma, el régimen del auditor ha pasado de una responsabilidad directa, solidaria e ilimitada frente a las entidades auditadas y frente a terceros, al sistema general de responsabilidad por los daños y perjuicios causados derivados del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del derecho privado matizado «con las particularidades establecidas» en la propia norma. Por tanto, se establece un régimen especial que parte del general de responsabilidad civil, concretado o circunscrito en una responsabilidad:

- a) directa y proporcional a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por la actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero; y
- b) exigible de forma personal e individualizada, excluyéndose el daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros.

En consecuencia, se trata de un régimen que pivota sobre dos ejes:

- En primer lugar, la remisión a la teoría general de la responsabilidad civil, de la que se van a tomar los elementos principales y, por tanto, como coinciden doctrina y jurisprudencia, la responsabilidad del auditor no solo abarca la responsabilidad frente a la sociedad por el daño causado a consecuencia del incumplimiento de sus deberes, sino la contraída frente a terceros en el ejercicio de sus funciones. Es decir, los auditores «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados (...) en cumplimiento de sus obligaciones» cuando «incurrieren en dolo, negligencia o morosidad» (art. 1101 CC), pero también tienen la obligación de reparar el daño cuando «por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia» (art. 1902). En consecuencia, quedan sometidos tanto a responsabilidad contractual como extracontractual.
- Y, en segundo lugar, las particularidades que matizan dicho régimen general y que permiten delimitar el tipo de responsabilidad. Es una responsabilidad directa y proporcional al daño y personal e individualizada, lo que supone la exclusión de la responsabilidad solidaria con otros agentes intervinientes⁷. Adquiere relevancia, en este sentido, «la concurrencia de culpas», de forma que además de valorarse si existen o no los requisitos para declarar la responsabilidad civil del auditor se valore también la actuación de otros sujetos intervinientes en la auditoría⁸.

A) *Requisitos necesarios para la imputación de la responsabilidad civil al auditor: el comportamiento del auditor y la existencia de daños y perjuicios*

Esa remisión que la Ley de Auditoría de Cuentas hace a las reglas generales del Código civil, encuadra la responsabilidad del auditor en una responsabilidad

pro damnato, de forma que todos los perjuicios y daños que se produzcan a consecuencia de la actividad de auditoría deben ser objeto de resarcimiento. Es requisito principal, por tanto, la existencia de un resultado dañoso pues sin este no cabe reclamación⁹.

Daños que, según el artículo 1107 del Código civil, en interpretación de la jurisprudencia, han de ser daños reales y no una simple probabilidad de causación de un daño. Pero, además, esos daños han de ser daños económicos, como puntualiza la propia Ley de Auditoría, lo que ha de entenderse que debe afectar directamente al patrimonio del tercero lo que exigirá no solo probar el daño, sino también la repercusión económica que tiene¹⁰.

Además del daño o perjuicio causado al tercero, deberá concurrir cumulativamente, una actuación activa o pasiva por parte del auditor en el marco de la relación contractual de auditoría que le une con la sociedad auditada, y que esa conducta consista en el incumplimiento de sus obligaciones y deberes, es decir, de los principios y *lex artis* que definen la práctica auditora. Esta actuación ha de ser la que produzca el resultado dañoso.

Se trata, por tanto, de una responsabilidad basada en el daño, cuya finalidad es indemnizar a la sociedad o al tercero los daños y perjuicios causados como consecuencia de un cumplimiento doloso o negligente por parte del auditor. Hay que destacar, sin embargo, que el comportamiento del auditor no siempre ha de consistir en una conducta antijurídica o que sea imprescindible la intencionalidad, sino que es suficiente con que se trate de una acción u omisión irregular en el sentido de que suponga una infracción del contrato, de la ley o de la diligencia exigida.

El comportamiento del auditor al efectuar su actividad ha de consistir en una acción u omisión que conlleve una infracción del contrato, de las obligaciones y deberes legales y reglamentarios asumidos con su actividad o, más importante, del conjunto de normas que determinan la conducta diligente exigida al auditor. Y es fundamental que dicha acción u omisión cause un resultado que suponga un daño o un perjuicio, pues sin este no existe posible reclamación de responsabilidad.

En conclusión, la exigencia de la responsabilidad civil a los auditores se fundamenta en la necesaria existencia de una relación de causalidad entre el daño y perjuicio sufrido por la entidad auditada y/o por los terceros y la conducta del auditor (STS, 1.^a, núm. 444/2016, de 1 de julio).

B) La relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido. Tratamiento jurisprudencial: de las SSTs, 1.^a, de 9 de octubre y 14 de octubre de 2008 a la STS, 1.^a, de 21 de septiembre de 2018

La importancia de la necesaria causalidad entre la conducta y el daño se pone ya de manifiesto en las SSTs, 1.^a, de 9 de octubre de y 14 de octubre de 2008 (siendo Ponente en ambas el mismo magistrado), bajo la vigencia de la Ley de Auditoría de Cuentas de 1988.

El Tribunal Supremo fija, en ambas sentencias, como presupuesto de responsabilidad, en primer lugar, la aplicación de la regla de la «*conditio sine qua non*» (toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa de resultado) y la de la «equivalencia de condiciones» (cuando un conjunto de condiciones es antecedente necesario de un resultado conforme a las reglas de la experiencia todas ellas merecen la calificación de causa). Fijada la relación causal en estos términos, en segundo lugar, se trata de identificar si hay causalidad

conforme a una valoración jurídica, basada en juicios de probabilidad, formados con la valoración de los antecedentes causales y de otros criterios (entre ellos, la propia norma). Deben distinguirse, por tanto, en la acción de responsabilidad civil dos fases íntimamente relacionadas: la fáctica, o de valoración de la prueba, y la jurídica. Esa relación entre ambas fases fija la causalidad material o física (STS, 1.^a, de 22 de diciembre de 2014).

Partiendo de este planteamiento, el Alto Tribunal analiza los antecedentes causales y otros criterios para determinar si existe la necesaria relación de causalidad entre la actuación del auditor y el resultado dañoso. En la primera de las sentencias, de 9 de octubre de 2008, la responsabilidad de la sociedad auditada se solicita por inversores que encomendaron a la sociedad auditada que invirtiera importantes cantidades —no recuperadas—, después de que las cuentas de la sociedad y el informe de auditoría se depositaran en la CNMV, sin que en este último se hiciera constar ninguna salvedad, expresando la opinión de que las cuentas anuales reflejaban la imagen fiel, cuando la sociedad, en crisis económica, había utilizado los fondos para cubrir anteriores pérdidas, siguiendo el método de distracción de fondos, lo que dio lugar a un posterior expediente incoado por la CNMV y a la sanción por faltas graves a la sociedad y a sus administradores. Aunque se aprecia que el auditor demandado debería haber detectado las importantes irregularidades en que había incurrido la sociedad auditada e instado la actuación de la CNMV, se estima que comportamientos ajenos al del auditor son los causantes directos y, por ello, no se puede considerar causa suficiente que el auditor sea el garante último de la transparencia de la información económico-contable para que objetivamente se puedan imputar al auditor los perjuicios causados¹¹. Sin embargo, la STS de 14 de octubre de 2008, entiende que la infracción de las reglas que norman la ejecución de la auditoría por parte de los auditores, aunque no sea la causa principal de la crisis económica de la sociedad auditada y, por ello, del incumplimiento por la misma de sus compromisos frente a los cooperativistas de la sociedad, contribuyó de forma directa a ese resultado, pues les privó, como socios, de la necesaria información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de aquella, que les hubiera permitido adoptar en el seno de la sociedad un voto más consciente sobre la aprobación de las cuentas anuales. Los intereses de los socios estaban protegidos por la norma que se infringió, lo que justifica suficientemente la imputación objetiva del daño.

Ambas sentencias se basan en el principio de «el fin de protección de la norma»¹², aunque la primera para desestimar y la segunda para estimar la imputación objetiva del daño. Este fin de protección de la norma, como recoge la jurisprudencia, es tanto en beneficio de la entidad auditada como de los intereses de sus socios y de cualquier tercero que actúe confiando en el informe de auditoría.

Esta doctrina se ha aplicado a posteriores reclamaciones de responsabilidad de auditores, aunque no existen criterios homogéneos para probar materialmente la relación de causalidad. Se parte, habitualmente, de la aplicación de la regla de la causalidad adecuada¹³, sostenida por juicios de probabilidad formados con la valoración de los antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos, el que ofrece la consideración de los incumplimientos de la *lex artis* por el auditor, como son la ausencia de comprobación de la necesaria coincidencia formal entre los originales y las copias de los albaranes examinados; la falta de cotejos con las correspondientes facturas; la ausencia de comprobación de la cantidad o número de unidades de los productos, etc. (STS, 1.^a, núm. 520/2018, de 21 de septiembre).

La STS, 1.^a, de 11 de junio de 2008, establece a este respecto que «Esta modalidad de imputación consiste en que, establecida una relación de causalidad física o fenomenológica entre el agente y el resultado dañoso, debe formularse un juicio mediante el cual se aprecia si las consecuencias dañosas de la actividad son susceptibles de ser atribuidas jurídicamente al agente, aplicando las pautas o criterios extraídos del ordenamiento jurídico que justifican o descartan dicha imputación cuando se ponen en relación con el alcance del acto dañoso particularmente considerado, con su proximidad al resultado producido, con su idoneidad para producir el daño y con los demás elementos y circunstancias concurrentes. Este juicio de imputación se integra en la *quaestio iuris*»¹⁴.

En materia de causalidad se pasa, por tanto, de la causalidad necesaria a una causalidad adecuada, de forma que, si la prueba muestra una de las causas probables o de las causas a las que racionalmente el hecho parece que puede ser imputable, debe declararse la responsabilidad. El auditor será responsable cuando existan evidencias de que no ha puesto los medios adecuados para realizar su actividad. En sentido contrario, el auditor que cumple con los cánones de diligencia en el ejercicio de su profesión (*lex artis*) y con las normas reguladoras de la actividad de auditoría cumple con su prestación, sin que le puedan resultar imputados los resultados dañosos que se hayan podido producir.

Es primordial, por tanto, para saber si existe relación causal, determinar si la conducta o actividad del auditor representa un antecedente del hecho dañoso, es decir, si constituye una «*conditio sine qua non*» de ese resultado.

III. CONDUCTA DETERMINANTE DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Existe, tal y como hemos tenido oportunidad de examinar, una íntima relación entre la imputación de responsabilidad y la actuación del auditor. Como también hemos constatado que la actuación ha de ser una actuación ilícita o irregular, una conducta activa o pasiva dolosa o culpable o simplemente negligente. Pues bien, para apreciar si existe tal comportamiento, es decir, si la actuación llevada a cabo por el auditor es suficiente o es posible motivo de imputación de responsabilidad por los daños y perjuicios causados a la entidad o a terceros, resulta necesario fijar cuál es el alcance de esa actuación y el marco en que debe ser ejercitada, ámbito constituido no solo por el contrato de auditoría, que une al auditor con la sociedad auditada, sino por el propio estatuto jurídico del auditor de cuentas, es decir, por los requisitos, deberes y obligaciones que ha de cumplir en el ejercicio de su actividad.

El auditor se encuentra obligado a prestar sus servicios en los términos asumidos contractualmente. Por tanto, el incumplimiento doloso o negligente de las obligaciones del auditor asumidas en virtud del contrato celebrado con la entidad auditada dará lugar a responsabilidad contractual (art. 1101 CC). Ahora bien, dado el especial contenido de la obligación, la actuación se encuentra sometida no solo a lo dispuesto en el contrato, sino también a la regulación legal y reglamentaria de la propia actividad y, en concreto, a cumplir con la diligencia debida para la obtención de un informe que refleje una opinión técnica sobre la situación económico-patrimonial y financiera de la entidad. Y es el incumplimiento de esta regulación lo que va a llevar, no solo a la imputación de responsabilidad frente a la entidad, sino también frente a los terceros a los que el informe de auditoría afecte directamente (responsabilidad extracontractual, *ex. art.* 1902 CC).

Es necesario, por esta razón, partiendo de lo que se entiende por actividad de auditoría, delimitar las conductas determinantes de responsabilidad derivadas del propio contrato de auditoría, de la diligencia debida al auditor y de los efectos del informe de auditoría frente a la propia entidad y frente a terceros.

1. ALCANCE DE LA ACTIVIDAD DE AUDITORÍA: EL PRINCIPIO DE INTERÉS PÚBLICO

La auditoría de cuentas se define, en el artículo 1.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas, como «la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros».

La responsabilidad y actuación de los auditores de cuentas debe estar, además, presidida por el principio de interés público que conlleva la auditoría de cuentas. La auditoría busca asegurar el funcionamiento eficaz y transparente del mercado y la protección de los muy diversos intereses concurrentes, de ahí la importancia de lograr que la información sobre la situación económica y financiera y de los resultados de la sociedad sea lo más veraz, real y fiable posible.

Se trata de una actividad con una doble función: revisar y verificar los documentos contables elaborados por la entidad auditada en el plazo acordado y de acuerdo con lo dispuesto en la ley y en las normas técnicas de auditoría, y emitir un informe en el que conste su opinión técnica responsable¹⁵. Esta es la obligación del auditor (revisar, verificar y dictaminar) y es la que debe ser objeto de valoración para determinar el grado de cumplimiento de acuerdo con el compromiso asumido en el contrato de auditoría y de acuerdo con las obligaciones derivadas de la función que ejerce.

En este sentido es clarificadora la STS, 1.^a, de 9 de octubre de 2008, cuando afirma que la auditoría de cuentas tiene una «finalidad empírica: la de obtener un medio que garantice, en la medida de lo razonable, que los estados financieros auditados no adolecen de inexactitudes significativas», de forma que se exige al auditor «una prestación profesional que posibilite dicha función» basada en «la naturaleza profesional y el contenido técnico de la prestación». Son estos parámetros los que «determinan el nivel de la exigencia no solo según el contrato sino también según la ley». Por tanto, «cumple el auditor su obligación contractual y los deberes vinculados a su función por la norma cuando actúa con la pericia y diligencia de un buen profesional en la ejecución de la auditoría».

Esta doble función ha planteado en la doctrina un debate, ya superado en la doctrina y por la jurisprudencia, sobre la naturaleza jurídica de esta prestación. El Tribunal Supremo, partiendo de esta distinción, matiza que «la prestación de emitir un informe con un determinado contenido es una obligación de resultado, propia de un contrato de obra; pero en cuanto al objetivo final perseguido, avalar la fiabilidad de la información económico-contable suministrada por la sociedad y asegurar que no existen irregularidades relevantes, la obligación asumida por los auditores es de medios, llevar a cabo la revisión y verificación de arreglo a unas normas técnicas, que en condiciones normales resultan eficaces». (STS, 1.^a, de 1 de julio de 2016). Por tanto, ha de concluirse que a los auditores les es exigible una prestación de medios, no de resultados¹⁶. Puntualización esta de gran relevancia a la hora de fijar el cumplimiento de la prestación asumida.

2. CONDUCTAS DETERMINANTES DE RESPONSABILIDAD: LAS NORMAS TÉCNICAS DE AUDITORÍA

A) *Derivadas de las obligaciones asumidas en el contrato de auditoría*

El contrato de auditoría fue definido por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) como un contrato de arrendamiento de obra o servicio, consensual, cuyo contenido consiste en una prestación de servicios: realizar un informe de acuerdo con los procedimientos de trabajo normativamente establecidos a cambio de un precio (Consulta núm. 6, en el BOICAC, núm. 12, de marzo de 2003).

Por su parte, las normas técnicas de auditoría recogen que el auditor debe acordar por escrito con su cliente el objetivo y alcance del trabajo, así como sus honorarios o los criterios para su cálculo para todo el periodo de nombramiento. Dicha norma fue desarrollada con el objeto de establecer el contenido de carácter general de dicho contrato, periodo de contratación —según la normativa vigente—, los plazos, fecha de entrega del informe, así como cuantos aspectos concretos se deriven de las circunstancias particulares de cada encargo. Además, en el contrato deberán fijarse las reglas materiales de realización del trabajo, que habrán de ser respetadas por ambas partes y que el auditor deberá seguir preceptivamente con sujeción a las normas de auditoría.

En este sentido, la NIA-ES 210¹⁷ determina los requerimientos para la confección o modificación de la carta de encargo. La carta de encargo ha de contener cuando menos: el objetivo y alcance de la auditoría; la responsabilidad del auditor; las responsabilidades de la dirección y del órgano de gobierno de la entidad; identificación del marco de información financiera aplicable; referencia a la estructura y contenido que se espera de cualquier informe emitido por el auditor y una declaración de que pueden existir circunstancias en las que el contenido y la estructura del informe difieran de lo esperado.

Una cuestión interesante relacionada con la responsabilidad contractual del auditor es la posibilidad de incluir en el contrato cláusulas que agraven, limiten o, incluso, excluyan la responsabilidad del auditor. La autonomía de la voluntad permite este tipo de pactos, siempre y cuando se respeten los límites del artículo 1255 del Código civil y se trate de responsabilidad por mera negligencia. En cualquier caso, respecto a las cláusulas que excluyan la responsabilidad contractual cuando ha mediado dolo del auditor el pacto será nulo (art. 1102 CC) y las de agravación parece que tendrán escasa aplicación práctica.

Serían admisibles, en su caso, limitaciones como fijar una cuantía máxima o exonerar en caso de existir responsabilidad de los propios administradores de la entidad o delimitar los incumplimientos que dan derecho a rescancimiento¹⁸. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el ámbito de los efectos de estas cláusulas limitativas sería *inter partes* pero no alcanzaría a posibles terceros afectados, pues el contrato de auditoría no es un contrato en beneficio de terceros, sino que la propia naturaleza jurídica de la actividad tiene como fin producir efectos frente a terceros. Cualquier limitación supondría privar al tercero de un derecho a reclamar los daños y perjuicios producidos como consecuencia de dicha actividad (art. 1902 CC).

Por tanto, será conducta determinante de responsabilidad contractual del auditor el ejercicio de la actividad incumpliendo los términos del contrato, siempre que estos sean compatibles con la normativa reguladora de la auditoría de cuentas. De ahí la importancia que tiene para determinar la responsabilidad el conocimiento de dicha normativa y la repercusión de su cumplimiento en el ejercicio de la actividad como causa de imputación objetiva de responsabilidad.

B) Derivadas del cumplimiento de las normas rectoras de la actividad de auditoría: la diligencia debida

La actividad de la auditoría de cuentas debe sujetarse a un sistema de fuentes jurídicas constituido por tres grupos de normas:

I. normas de auditoría, definidas en la propia ley de auditoría como principios y requisitos que debe observar necesariamente el auditor de cuentas en el desempeño de su función y sobre las que deben basarse las actuaciones necesarias para expresar una opinión técnica responsable e independiente;

II. normas de ética y,

III. normas de control de calidad interno de los auditores y sociedades de auditoría. Es decir, además de los principios generales, recogidos en la Ley y en el Reglamento de Auditoría de Cuentas¹⁹, adquieren un papel relevante las Normas Técnicas de Auditoría, resultantes de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España (NIAS-ES), y las que regulan aquellos aspectos no contemplados en las normas internacionales adoptadas por la Unión Europea (NTA).

En esta línea, el Tribunal Supremo destaca que la propia ley de auditoría es la que determina la forma en que los auditores han de ejercer su función, de modo que su incumplimiento se erige por sí en fuente de responsabilidad profesional pues supone la falta de diligencia que les resulta exigible²⁰.

Pues bien, la diligencia debida es una norma que se refiere al especial deber de cuidado y atención que debe prestar el auditor al conocer y aplicar la normativa reguladora de la actividad de auditoría, de forma que las conclusiones alcanzadas en la realización del trabajo de auditoría estén debidamente soportadas y justificadas [art. 19.1.b) Reglamento de Auditoría de Cuentas]. Como se observa, esta diligencia debida no es la diligencia del artículo 1104 del Código civil, sino la diligencia profesional de quien posee los conocimientos técnicos necesarios para conseguir una finalidad, como es la emisión de un informe sobre la veracidad y fiabilidad de los documentos contables sometidos a su verificación y revisión.

Tal deber exige, por tanto, una actitud determinada del auditor al ejercer su profesión y esta actitud es una actitud de escepticismo y de aplicar el juicio profesional. Se trata de una actitud inquisitiva y de especial alerta que permite al auditor detectar cualquier circunstancia que pueda indicar incorrecciones en las cuentas anuales auditadas, debidas a error o fraude, y que conlleva la formación crítica de las conclusiones a las que llegue en su trabajo (art. 13 Ley de Auditoría de Cuentas). Es decir, el auditor ha de partir de la posibilidad de que existan incorrecciones en las cuentas anuales.

Directamente relacionadas con el escepticismo profesional están las NIA-ES 200, 250 y 450. La NIA-ES 200²¹ define las responsabilidades globales que tiene el auditor independiente cuando realiza una auditoría (responsabilidades respecto al ejercicio de la actividad), de forma que el auditor logre una opinión sobre los mismos basado en los requerimientos de ética aplicables. Para alcanzar esa opinión, la norma requiere que el auditor obtenga una seguridad razonable de que los estados financieros están libres de incorrecciones materiales debidas a fraude o a error. Con este fin, la NIA-ES 240²² exige al auditor la obtención de una evidencia de auditoría suficiente y adecuada que le permita identificar y valorar los riesgos de incorrección material debida a

fraude²³ y la NIA-ES 450²⁴ le exige la evaluación del efecto de las incorrecciones identificadas en la auditoría y, en su caso, de las incorrecciones no corregidas en los estados financieros.

Hay que puntualizar que la seguridad razonable a que se refiere la NIA-ES 200 es un grado alto pero no absoluto de seguridad, el cual se alcanza cuando el auditor ha obtenido evidencia de auditoría suficiente y adecuada para reducir, a un nivel aceptablemente bajo, el riesgo de expresar una opinión inadecuada cuando los estados financieros contienen incorrecciones materiales. La evidencia de auditoría que permite al auditor alcanzar sus conclusiones es una evidencia convincente pero no concluyente, de ahí que al auditor se le exija que aplique, basándose en la evaluación del riesgo, los procedimientos de auditoría necesarios para obtener la seguridad razonable de que las irregularidades y errores significativos que pudieran existir y que afecten significativamente a las cuentas anuales, consideradas en su conjunto, se detecten adecuadamente.

En consecuencia, la propia NIA-ES 240 limita el alcance de responsabilidad por el riesgo de no detectar incorrecciones materiales debidas a fraude, ya que los intentos de ocultación (falsificación, omisión de registros de transacciones, manifestaciones erróneas) pueden llevar al auditor a obtener evidencias que en realidad son falsas o incluso a no detectarlas debido a que el enfoque y finalidad del trabajo del auditor es distinto del descubrimiento de aquellos. Como ya expuso la STS, 1.^a, 9 de octubre de 2008, el auditor no es responsable por no detectar todos los errores o fraudes que puedan cometer los administradores, directivos o personal de la entidad auditada —algunos realizados con la intención de mantenerlos ocultos a toda investigación ajena—, sino solo cuando con una correcta ejecución de su prestación profesional debería haberlos descubierto.

En consecuencia, al auditor se le exige la realización correcta de su actividad, si bien no se le puede responsabilizar de actuaciones y comportamientos ajenos. El auditor tiene la función de verificar y revisar las cuentas anuales y otros documentos contables, pero no la de garantizar que la información económico-contable facilitada cumple con los requisitos de transparencia exigidos. Por eso, la responsabilidad del auditor se exige de forma personal e individualizada con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros (art. 26.2. *in fine*). Se impone, de este modo, la necesaria valoración de la concurrencia de culpas e individualizar la indemnización de daños correspondientes a cada uno de los participantes en la producción del resultado dañoso.

Por último, hay que destacar también la importancia que, junto al escepticismo y el juicio profesional, adquiere el deber de independencia²⁵ como principio ético y criterio de imputación de responsabilidad. La independencia se define en el Reglamento de Auditoría de Cuentas como «ausencia de intereses o influencias que puedan menoscabar la objetividad del auditor en la realización de su trabajo de auditoría»²⁶. Lo que conlleva que el auditor debe abstenerse de actuar cuando su independencia en relación con la revisión y verificación de las cuentas anuales, los estados financieros u otros documentos contables se vea comprometida (art. 14 Ley de Auditoría de Cuentas)²⁷.

Pues bien, la falta de independencia o riesgo de imparcialidad es justa causa para acordar el cese por la Junta general o para solicitar del registrador mercantil o del letrado de la administración de justicia su cese y el nombramiento de otro. Pero debe observarse que el incumplimiento de este deber del auditor cuando afecta a la revisión, verificación e informe de las cuentas anuales o la toma de decisiones se base en información que permitiría no solo impugnar los acuerdos adoptados en el seno de la entidad (vulneración de la ley), sino ejercer

la acción de responsabilidad si se ha producido un daño o perjuicio a la propia entidad o a un tercero.

Se puede concluir que la diligencia debida del auditor es un criterio de referencia para determinar la corrección del auditor en el cumplimiento de la prestación asumida y, en consecuencia, para justificar la imputación de responsabilidad. Por consiguiente, si el auditor al informar favorablemente es consciente de la existencia de irregularidades contables, si no aplica los debidos procedimientos para obtener las evidencias necesarias que fundamenten su opinión, etc., está incumpliendo no solo con su obligación contractual, sino también con los principios profesionales que rigen su actividad y, a la vez, está contribuyendo al resultado perjudicial al privar de la necesaria información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la entidad auditada.

En definitiva, el auditor que actúa de acuerdo a las normas de ética y aplica los procedimientos técnicos que se requieren para obtener una evidencia suficiente y adecuada (siendo los papeles de trabajo una prueba de diligencia) que le permitan obtener una opinión fundada no tiene responsabilidad por los perjuicios causados al no haber detectado algún error o fraude significativos. La conducta determinante de la responsabilidad del auditor de cuentas no es, por tanto, la falta de detección de irregularidades en la contabilidad o la existencia de fraudes, sino la falta de seguimiento de las normas que rigen su actuación.

C) Derivadas de la emisión del informe de auditoría

La obligación final asumida por el auditor de cuentas es la emisión de un informe detallado sobre el resultado de su actuación de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas (art. 269 Ley de Sociedades de Capital). Emitido el informe se cumple la finalidad para la que fue contratada la auditoría de cuentas (art. 5.2. Ley de Auditoría de Cuentas).

Este informe se regula en la NIA-ES 700 (revisada)²⁸, cuyo objetivo es fijar la responsabilidad que tiene el auditor, al formarse una opinión sobre los estados financieros, de concluir sobre si ha alcanzado una seguridad razonable de que los estados financieros en su conjunto están libres de incorrección material. Además, la NIA 705 (revisada)²⁹ y la NIA-ES 706 (revisada)³⁰ tratan el modo en que la estructura y el contenido del informe de auditoría se ven afectados cuando el auditor expresa una opinión modificada o incluye un párrafo de énfasis o un párrafo sobre otras cuestiones en el informe de auditoría.

De acuerdo con la evidencia obtenida, la opinión podrá ser:

- a) favorable (modificada) cuando concluya que los estados financieros han sido preparados, en todos los aspectos materiales, de conformidad con el marco de información financiera aplicable;
- b) con salvedades, desfavorable o denegada (opinión modificada) cuando concluya que, sobre la base de la evidencia de auditoría obtenida los estados financieros en su conjunto, no están libres de incorrección material o no pueden obtener evidencia suficiente y adecuada. En este último caso, deben indicarse las salvedades, así como las posibles incertidumbres significativas o materiales relacionadas con hechos o condiciones que pudieran suscitar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad auditada para continuar como empresa en funcionamiento. Además, incluirá toda

cuestión que el auditor de cuentas considere necesario enfatizar (art. 5.1. Ley de Auditoría de Cuentas).

El auditor, por lo tanto, es responsable de la emisión del informe que contenga su opinión, pero sin olvidar que su obligación es una obligación de medios. La responsabilidad del auditor es emitir el informe tras la obtención de una seguridad razonable sobre la corrección o incorrección material, debida a fraude o error, de los estados financieros y en caso de incorrección describir cuáles son y la influencia en las decisiones económicas de los posibles usuarios. En consecuencia, si no se emite el informe o se emite sin seguir las normas rectoras de la actuación del auditor, con defectos o errores³¹, se incumple la conducta debida y ha de responder por los daños y perjuicios causados³². Se vuelve así a la vulneración de la diligencia debida, en la formación de la opinión emitida, como conducta determinante de una posible responsabilidad y no al contenido de la opinión en sí misma.

Además, ha de tenerse en cuenta que el informe se trata de un documento mercantil al que, legalmente, se dota de publicidad en el Registro Mercantil (art. 279.1 de la Ley de Sociedad de Capital) y se le reconoce la posibilidad de «producir» efectos frente a terceros.

El depósito del informe, junto a las cuentas anuales, y la consecuente publicidad registral, lo convierte en «un instrumento jurídico por medio del que se traduce un interés general difuso en el concreto de cada uno de los terceros que entran en relación con la sociedad auditada, confiados en la fiabilidad que ofrece un sistema de regulación del mercado de capitales (...)» (STS, 1.^a, 9 de octubre de 2008).

En cuanto que el alcance de la previsión legal «pueda tener efectos frente a terceros», ha sido interpretado por la doctrina, como la posibilidad de que el informe opere en el tráfico mercantil generando efectos en beneficio de aquellos terceros que hayan procedido confiados en la apariencia documental que refleja el informe publicado³³. Frente a esta opinión generalizada, también se ha defendido que la previsión trasluce la predisposición del informe a operar en el tráfico, a ser un instrumento formal más a considerar en tal ámbito, pero que no se establece con carácter general sino, presuntamente, cuando así se determine, llegando a convertirse en requisito constitutivo de la validez y eficacia de determinados actos jurídicos (supuestos de aumento de capital por compensación de créditos, aumento con cargo a reservas, exclusión del derecho de suscripción preferente, valoración del usufructo de acciones)³⁴. Esta última interpretación lo que hace es basarse en la diferencia entre la auditoría de las cuentas anuales y la revisión y verificación de otros estados o documentos contables elaborados con un objeto determinado cuyos efectos son distintos a los generales que se producen con la publicidad del informe de las cuentas anuales. Ello no excluye que el informe produzca, dentro de su ámbito, efectos frente a terceros.

En este sentido, el Tribunal Supremo reconoce que, en estos casos, también rige el fin de protección de la norma que se concreta es la protección de los intereses de cualquiera que actúe confiando en el informe de auditoría. El informe se constituye así en el «elemento esencial» para la exigencia de responsabilidad extracontractual, ya que es el que contribuye a crear una «sensación» (de confianza o desconfianza), en los socios, en los acreedores y demás operadores del tráfico económico y jurídico³⁵.

A estos efectos, es determinante la propia ley cuando define lo que ha de entenderse por tercero (art. 26.2 Ley de Auditoría de Cuentas). Se considera

tercero a cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo este elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión. Terceros, por tanto, serán los socios, a quienes un informe que no responda a la realidad económico-financiera de la sociedad puede acarrear una pérdida de valor de su participación o los acreedores que, apoyados en dicho informe, concedan crédito a la entidad a pesar de sus dificultades financieras, pero también a cualquier persona que base su decisión de inversión en un informe de auditoría³⁶.

Este planteamiento permite concluir que el presupuesto de la responsabilidad extracontractual del auditor se centra en que «el acto o decisión adoptado por el tercero se fundamenta racionalmente en el informe de auditoría»³⁷, lo que implica que «el demandante utilizó la información recogida en el informe de auditoría y que además, le resultaba comprensible y le indujo a tomar la decisión por la que sufre consecuencias perjudiciales», siendo necesario para establecer la causalidad demostrar que «una conducta distinta del perjudicado hubiera evitado la producción del daño que reclama»³⁸.

Es decir, el auditor no responde en todo caso y frente a cualquiera, pues no hay que olvidar que para que el auditor sea responsable es necesario que se den los presupuestos generales de la responsabilidad civil, y, además, que la protección de la confianza del tercero en el informe de auditoría se vincule a los principios de la buena fe y a la posible concurrencia de culpa de los propios perjudicados, de forma que se pueda exonerar la responsabilidad cuando existan indicios de que dicho tercero conocía o pudo conocer las irregularidades en la información³⁹.

IV. CONCLUSIONES

I. El régimen de responsabilidad civil del auditor de cuentas ha pasado de un régimen de responsabilidad ilimitada a una responsabilidad limitada, consecuencia de las sucesivas modificaciones producidas por la normativa y recomendaciones de la Unión Europea y de los expertos en la materia. Actualmente, la responsabilidad civil se rige por las normas generales del derecho privado con las particularidades establecidas en la Ley de Auditoría de Cuentas.

II. En la delimitación de la responsabilidad civil del auditor adquiere especial importancia el comportamiento o conducta del auditor; una conducta sometida a las obligaciones establecidas en el contrato de auditoría y a los deberes que constituyen su estatuto jurídico (normas a las que debe someter su actuación).

III. El auditor es responsable, por tanto, del cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de auditoría y de desarrollar su labor sometido a las normas de auditoría, tanto a las normas éticas que rigen su actuación, en concreto, la diligencia debida, como a las normas de carácter técnico. Estas normas ofrecen pautas suficientes para determinar la relación causal necesaria entre la conducta del auditor y los daños o perjuicios producidos a la entidad contratante como a los terceros frente a los que el informe tiene efectos. Determinar si el auditor se condujo diligentemente o no constituye un juicio de valor que se efectúa basándose en la prueba disponible.

IV. Siguiendo esta línea, se ha de colegir que la exigencia de responsabilidad al auditor debe fundarse en el grado de cumplimiento o incumplimiento de la obligación de medios que supone la actividad de auditoría, basándose en el fin de

la misma —el informe— y en la repercusión que tiene para la entidad auditada y para los terceros. De forma que los auditores responden frente a la entidad auditada que contrató sus servicios (responsabilidad contractual) y frente a cualquier tercero (responsabilidad extracontractual) siempre que se produzca un daño en su patrimonio como consecuencia de la confianza depositada en el informe publicado registralmente que contiene información errónea o defectuosa consecuencia de la realización negligente o dolosa de las funciones que le competen.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTO LAGO, J.M. (2014). La responsabilidad civil de los terceros de confianza y la teoría de los *flood gates*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 881.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (2010). *Derecho de Sociedades*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch tratados.
- GARRETA SUCH, J.M. (2002). *La responsabilidad de los auditores por no detección de fraudes y errores*, Madrid.
- GIL SALDAÑA, M. (2011). Comentario a la sentencia de 15 de diciembre de 2010, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87.
- GUTIÉRREZ GILSANZ (2007). *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, La Ley, Madrid.
- ILLESCAS ORTÍZ, R. (1993). Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales, en Uría, Menéndez y Olivencia (Dir.), *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VIII, vol. 2.º.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. (1992). *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Valladolid.
- MUÑOZ GARCÍA, A. (2009). La imputación del daño producido al tercero ante la omisión de los deberes exigidos al auditor de cuentas (Comentario a la STS —Sala 1.ª— de 9 de octubre de 2009), en *Revista Derecho de Sociedades*, núm. 33.
- MUÑOZ VILLAREAL, A. (2010). La responsabilidad civil del auditor, en *Partida Doble*, núm. 225.
- PACHECO CAÑETE, M. (2011). La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Reflexiones a propósito de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo y la Recomendación Europea de limitación de la responsabilidad, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26.
- (2000), *Régimen legal de la auditoría de cuentas y responsabilidad de los auditores*, Madrid.
- PETIT LAVALL, M.ª V. (2002). La responsabilidad del auditor de cuentas frente a terceros, en *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 1, Madrid, Mc Graw Hill.
- (1994). *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas*, Madrid.
- REGLERO CAMPOS, F. (2003). El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas, en Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra.
- RIBOT IGUALADA, J. (2009). La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7.
- ROJO, A. (2018). La contabilidad (II), Las cuentas anuales. Los Principios contables y la Auditoría de Cuentas, en Menéndez y Rojo (Dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Navarra, Civitas.

- SANTAELLA SÁEZ, O. (2017). La responsabilidad civil profesional del auditor de cuentas: evolución y caracteres, *Diario La Ley*, núm. 9087.
- VALMAÑA OCHAÍTA, M. (2008). Recomendación de la Comisión Europea sobre la limitación de la responsabilidad civil de los auditores legales y las sociedades de auditoría, de 5 de junio de 2008, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 31.
- VICENTE DOMINGO, E. (2003). El daño, en Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra.

VI. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- STS, 1.^a, núm. 520/2018, de 21 de septiembre
- STS, 1.^a, núm. 100/2018, de 28 de febrero
- STS, 1.^a, núm. 99/2018, de 26 de febrero
- STS, 1.^a, núm. 444/2016, de 1 de julio
- STS, 1.^a, núm. 737/2014, de 22 de diciembre
- STS, 1.^a, núm. 628/2012, de 26 de octubre
- STS, 1.^a, núm. 338/2012, de 7 de junio
- STS, 1.^a, núm. 815/2010, de 15 de diciembre
- STS, 1.^a, núm. 115/2009, de 5 de marzo
- STS, 1.^a, núm. 869/2008, de 14 de octubre
- STS, 1.^a, núm. 798/2008, de 9 de octubre
- STS, 1.^a, núm. 516/2008, de 11 de junio

NOTAS

¹ El auditor puede incurrir además de en responsabilidad civil en: a) responsabilidad administrativa, competencia del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, que goza de facultades disciplinarias en su labor de regulador de las actuaciones profesionales de los auditores y de supervisor del cumplimiento de la aplicación de las normas técnicas de la auditoría; b) responsabilidad penal en relación con los delitos económicos previstos en los artículos 290 a 297 Código Penal (falsedad en la información social, cooperación necesaria, dolosa); y c) responsabilidades legales específicas como las previstas en los artículos 36 y 166 Ley Concursal (complicidad concursal, actuación de forma dolosa o con culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia).

² Real Decreto Legislativo 1636/1990, de 20 de diciembre.

³ Salvo la responsabilidad plena del auditor de cuentas del grupo respecto a los estados financieros consolidados sin posible limitación únicamente a las sociedades del grupo que hubiera auditado.

⁴ Artículo 31 Directiva 2006, 43, CE.— Responsabilidad civil de los auditores:

Antes del 1 de enero de 2007, la Comisión presentará un informe sobre el impacto de las normas nacionales vigentes en materia de responsabilidad civil en la realización de auditorías legales sobre los mercados europeos de capitales y sobre los regímenes de seguro de los auditores legales y las sociedades de auditoría, incluido un análisis objetivo de las limitaciones de la responsabilidad financiera. En su caso, la Comisión llevará a cabo una consulta pública. A la luz de ese informe, la Comisión presentará, si procede, recomendaciones a los Estados miembro.

⁵ Los métodos propuestos para limitar la responsabilidad son: a) fijación de una cuantía máxima o de una fórmula que permita calcular esa cuantía; b) fijación de un sistema de responsabilidad proporcional, de forma que el auditor o la sociedad auditora solo respondiese dentro de los límites de su contribución real al perjuicio sufrido por el reclamante; c) establecimiento de disposiciones que autoricen que la sociedad auditada y el auditor o sociedad de auditoría fijen un límite en el propio contrato de auditoría (un estudio sobre los

distintos métodos, VALMAÑA OCHAÍTA, M. (2008), Recomendación de la Comisión Europea sobre la limitación de la responsabilidad civil de los auditores legales y las sociedades de auditoría, de 5 de junio de 2008, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 31).

⁶ Artículo 26. Responsabilidad civil:

1. Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código civil, con las particularidades establecidas en este artículo.

2. La responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero.

A estos efectos, se entenderá por tercero cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo este elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión.

La responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros.

3. Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor de cuentas en nombre de una sociedad de auditoría, responderán solidariamente, dentro de los límites señalados en el apartado precedente, el auditor que haya firmado el informe de auditoría y la sociedad de auditoría.

4. La acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor de cuentas y de la sociedad de auditoría prescribirá a los cuatro años a contar desde la fecha del informe de auditoría.

⁷ VALMAÑA OCHAÍTA (2008), *op. cit.*

⁸ REGLERO CAMPOS, F. (2003), El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas, en Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra.

⁹ VICENTE DOMINGO, E. (2003), El daño, en Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra

¹⁰ La doctrina mantiene opiniones distintas sobre qué ha de entenderse por «daño económico». Un sector estima que son los puramente económicos mientras otro considera que se trata de daños patrimoniales, entendidos como aquellos que recaen sobre los bienes y derechos que forman el patrimonio. PACHECO CAÑETE, M. (2011), La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Reflexiones a propósito de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo y la Recomendación Europea de limitación de la responsabilidad, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26.

¹¹ Una opinión crítica sobre esta resolución, en MUÑOZ GARCÍA, A. (2009), La imputación del daño producido al tercero ante la omisión de los deberes exigidos al auditor de cuentas (Comentario a la STS —Sala 1.ª— de 9 de octubre de 2009), en *Revista Derecho de Sociedades*, núm. 33.

¹² Criterio de «el fin de protección de la norma» que supone que «no podrán ser objetivamente imputados a la conducta del autor los resultados dañinos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma en la que pretende fundamentarse la responsabilidad» [MUÑOZ GARCÍA, A. (2009), *op. cit.*].

¹³ «Cada actividad que baste por sí para causar un daño lo ha causado en la medida correspondiente a tal probabilidad» (STS, 1.ª, de 7 de junio de 2012) y un estudio sobre la doctrina de la causalidad adecuada en REGLERO CAMPOS, F. (2003), *op. cit.*

¹⁴ STS, 1.ª, 5 de marzo de 2009.

¹⁵ ROJO, A. (2018), La contabilidad (II), Las cuentas anuales. Los Principios contables y la Auditoría de Cuentas, en Menéndez y Rojo (Dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Navarra, Civitas.

¹⁶ Para un estudio de las opiniones doctrinales, GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2007), *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, Madrid, La Ley.

¹⁷ Norma Internacional de Auditoría 210, Acuerdo de los términos del encargo de auditoría (NIA-ES 210), adaptada para su aplicación en España mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013.

¹⁸ GUTIÉRREZ GILSANZ, J., *op. cit.*

¹⁹ A las auditorías de cuentas de entidades de interés público, además de lo dispuesto en la propia Ley de Auditoría de Cuentas 22/2015, les será de aplicación lo establecido en el Reglamento (UE) núm. 537/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público, y la resolución de 23 de diciembre de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en la que se recoge la adaptación de determinadas Normas Técnicas de Auditoría a las exigencias especiales de las entidades de interés público.

²⁰ Sentencia de 14 de octubre de 2008.

²¹ Norma Internacional de Auditoría 200. Objetivos globales del auditor independiente y realización de la auditoría de conformidad con las Normas Internacionales de Auditoría (NIA-ES 200), adaptada para su aplicación en España mediante Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013.

²² Norma Internacional de Auditoría 240 responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude (NIA-ES 240), adaptada para su aplicación en España mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013.

²³ Si el auditor ha identificado un fraude, o tiene indicios de que lo hay, ha de determinar si tiene la responsabilidad de informar a un tercero ajeno a la entidad. En este caso, aunque el auditor tiene el deber de mantener la confidencialidad de la información de su cliente, su responsabilidad legal prevalece sobre el deber de confidencialidad.

²⁴ Norma Internacional de Auditoría 450, evaluación de las incorrecciones identificadas durante la realización de la auditoría (NIA-ES 450), adaptada para su aplicación en España mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013.

²⁵ La regulación de la independencia del auditor en nuestro ordenamiento es consecuencia, al igual que la limitación de la responsabilidad, de la trasposición de la Directiva relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, cuyo antecedente en esta materia fue la Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 2002, sobre la independencia de los auditores de cuentas en la UE.

²⁶ Artículo 43.2 del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre de por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio.

²⁷ La ley fija, junto al principio general, causas concretas de incompatibilidad que comprenden situaciones o circunstancias que determinan la falta de independencia del auditor. Las situaciones que recoge la norma son situaciones potenciales, denotativas de un riesgo («pudiera verse comprometida», «en todo caso») no se exige una actuación concreta que suponga «una vulneración clara, concreta y determinada de la imparcialidad del auditor» (STS, núm. 99, 2018, de 26 de febrero), es suficiente que se produzca una de las situaciones previstas en la propia Ley para poder afirmar que existe un riesgo claro de parcialidad y pérdida del escepticismo profesional que debe caracterizar la actuación del auditor. Ahora bien, la concurrencia de la situación de riesgo (derivada de la aplicación del principio general de independencia o de los supuestos de incompatibilidad previstos en la propia norma) ha de ser real y efectivamente producida, pero ello no significa necesariamente que el auditor haya realizado la auditoría con falta de objetividad e imparcialidad. Es decir, la existencia de alguna actividad, como la asesoría fiscal (STS, 1.ª, núm. 99, 2018, de 26 de febrero) — y salvo que la entidad auditada sea una entidad de interés público —, no incluida entre las actividades o servicios prestados a la sociedad auditada que determinan la incompatibilidad para ser su auditor de cuentas, requiere que se den circunstancias relevantes añadidas a la mera prestación de dicho servicio (por ejemplo, que la retribución por estos servicios suponga una parte significativa de los ingresos anuales del auditor; que exista una incertidumbre fiscal derivada del asesoramiento fiscal del auditor o de una persona o sociedad integrada en su red). Además, la situación o circunstancia determinante de la falta de independencia se pueden producir no solo entre la sociedad auditada y el auditor sino también entre la sociedad auditada y una sociedad distinta de la sociedad de auditoría, pero integrada en la red a la que esta pertenece, pues los efectos son los mismos que si se produjera directamente la relación entre la sociedad auditada y la sociedad de auditoría (STS, 1.ª, núm. 100, 2018, 28 de febrero de 2018).

²⁸ Norma Internacional de Auditoría 700 (revisada), formación de la opinión y emisión del Informe de Auditoría sobre los estados financieros, NIA-ES 700 (revisada), adaptada para su aplicación en España mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 23 de diciembre de 2016.

²⁹ Norma Internacional de Auditoría 705 (revisada), opinión modificada en el informe de auditoría emitido por un auditor independiente, NIA-ES 705 (revisada), adaptada para su aplicación en España mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 23 de diciembre de 2016.

³⁰ Norma Internacional de Auditoría 706 (revisada), párrafos de énfasis y párrafos sobre otras cuestiones en el informe de auditoría emitido por un auditor independiente, NIA-ES 706 (revisada), adaptada para su aplicación en España mediante resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 23 de diciembre de 2016.

³¹ Los defectos del informe se pueden clasificar en extrínsecos o intrínsecos, v. ILLESCAS ORTIZ, R. (1993), *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales*, en Uría, Menéndez y Olivencia (Dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VIII, vol. 2, Madrid, Civitas.

³² PACHECO CAÑETE, M. (2011), concreta que «cuando el informe de auditoría no se emite existe incumplimiento absoluto, cuando no se emite dentro del plazo establecido para ello existe cumplimiento retrasado, cuando se emite con defectos de forma o fondo existe cumplimiento defectuoso. De estos tres supuestos posibles, dos de ellos, el de incumplimiento absoluto e incumplimiento retrasado no pueden ser activos sino pasivos; el otro caso, la redacción de un informe defectuoso de auditoría, puede ser un comportamiento pasivo, cuando los auditores no han tenido el deber de cuidado correspondiente —bien porque no tienen los conocimientos exigibles para la labor que desempeñan (impericia) o porque han errado en su labor, entre otros supuestos— pero también puede ser un comportamiento activo en el supuesto de que exista connivencia entre auditores y administradores» (La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Reflexiones a propósito de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Recomendación Europea de limitación de la responsabilidad, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26).

³³ PACHECO CAÑETE, M. (2000), *Régimen legal de la auditoría de cuentas y responsabilidad de los auditores*, Madrid.

³⁴ MARINA GARCÍA TUÑÓN, A. (1992), *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Valladolid.

³⁵ STS, 1.^a, de 22 de diciembre de 2014.

³⁶ La Directiva 2006, 43, CE destaca la importancia de la actividad de los auditores, en cuanto garantía de la veracidad de las cuentas que por ello son auditadas, al indicar que «una amplia comunidad de personas e instituciones confían en la calidad del trabajo de un auditor legal» y que «la buena calidad de las auditorías contribuye al correcto funcionamiento de los mercados al incrementar la integridad y la eficiencia de los estados financieros».

³⁷ PETIT LAVALL, M.V. (2002), La responsabilidad del auditor de cuentas frente a terceros, en *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 1, Madrid, Mc Graw Hill.

³⁸ RIBOT IGUALADA, J. (2009), La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7.

³⁹ Los tres supuestos que destaca, Busto Lago, para eximir al tercero de confianza (auditor) de responsabilidad civil son: «1) El perjudicado confió exclusivamente en el informe del tercero, existiendo otros medios de información a los pudo acudir con facilidad; 2) El perjudicado es un experto o profesional, pudiendo exigírsele que verifique la información producida por el profesional en la que fundó su decisión de invertir o de conceder crédito. 3) El perjudicado pudo deducir, de manera sencilla y objetiva, los errores cometidos por el tercero de confianza» [BUSTO LAGO, J.M. (2014), La responsabilidad civil de los terceros de confianza y la teoría de los *flood gates*. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 881]. También RIBOT IGUALADA, J. (2009), *op. cit.*