



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES

Presentado por:

Jorge Armando Cunha Moreno

Tutelado por:

María del Mar Bustillo Saiz

Valladolid, 13 de junio de 2019

ÍNDICE

Introducción

1. Concepto de responsabilidad y marco normativo
2. Breve referencia a los presupuestos de responsabilidad
 - 2.1. Acción u omisión
 - 2.2. Daño
 - 2.3. Culpa y negligencia
 - 2.4. Dolo
 - 2.5. Causas de exoneración
3. El informe de auditoría
 - 3.1. Contenido del informe de auditoría
 - 3.2. Tipos de opinión
 - 3.3. Exclusión de la obligación de emitir opinión en el informe
4. Responsabilidad civil del auditor.
 - 4.1. Responsabilidad frente a la entidad auditada
 - 4.2. Frente a terceros.
5. Limitaciones a la responsabilidad civil del auditor.
6. Aseguramiento de la responsabilidad civil del auditor
7. Prescripción

Conclusiones

Bibliografía y webgrafía

0. INTRODUCCIÓN

En el presente Trabajo de Fin de Grado dedicaré mis esfuerzos a tratar de profundizar los conocimientos que ya poseo en materia de responsabilidad civil en general y de los auditores de cuentas en particular.

Cabe señalar de entrada que por cuestiones relativas al tema del trabajo, quedan excluidas del ámbito del mismo la responsabilidad que puedan cometer cuando estos auditores ejerzan como administradores concursales, las ocasiones, si es que se diesen, en las que actúen como asesores fiscales y tampoco entraré a analizar el régimen de otras responsabilidades en la que pudieran incurrir estos profesionales como pueden ser la penal, la administrativa, la disciplinaria... dejando también fuera todo lo referente a la responsabilidad en el derecho comparado.

El tema objeto de estudio es de una gran relevancia si tenemos presente el contexto económico y mercantil de los últimos años. Con una corrupción política que es el tema recurrente en los medios de comunicación y valorando el desarrollo de las sociedades gracias a la tecnología y su gran volatilidad en los mercados financieros, observaremos como cada vez hay una mayor preocupación por delimitar de forma correcta la responsabilidad, un esfuerzo por mejorar su regulación y una correcta aplicación de la misma.

La responsabilidad como mencionaré un poco más adelante, siguiendo las palabras de Martínez Calcerrada es una de las figuras que ocupa el centro del Derecho civil y es uno de los principales puntos de conexión de los diferentes órdenes jurisdiccionales.

Se trata de una institución que es universal, ya que en cualquier ordenamiento jurídico, sea el país que sea va a tener regulado de una manera u otra la responsabilidad en sus distintas vertientes. La Real Academia de la Lengua define la auditoría de cuentas como “examinar la gestión económica de una entidad a fin de comprobar si se ajusta a lo establecido por la ley o la costumbre”.

La auditoría de cuentas anuales concierne cada vez con más habitualidad a las sociedades por la relevancia adquirida que ya he mencionado previamente. Todos los sujetos afectados por la comprobación contable, desde el propio auditor o la sociedad de auditoría, hasta la sociedad auditada, sus socios y los terceros toman sus decisiones tanto de inversión como de compra-venta, en base a la confianza depositada en el informe por ello, es importante una

ley que sea clara con respecto a estos profesionales acotando adecuadamente sus funciones y responsabilidad.

1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD Y MARCO NORMATIVO

La responsabilidad ha sido y es uno de los temas centrales en el Derecho, en palabras de Luis Martínez Calcerrada¹: “*La teoría de la responsabilidad tiende a ocupar el centro del derecho civil, desde cualquier materia y por todas las direcciones se acaba en ella, resulta el punto neurálgico común a todas las instituciones jurídicas*”. El derecho romano lo basó en la idea de no dañar en otro, la *Lex Aquilia de Damno Iure* utilizó como eje principal de la responsabilidad la culpa y el término de lo injusto. El *Digesto* decía que era injuria.

De esta manera se estableció el objeto y el sujeto de responsabilidad sobre el concepto de culpa y en la constatación de un daño evaluable y apto de valoración.

De esta forma la responsabilidad civil es distributiva y la culpa sirve como elemento de reparto para ver quién carga con ello.

La evolución histórica ha dado lugar a 2 sistemas, el continental y el anglosajón. El sistema continental, que es nuestro antepasado, deriva del Código Civil francés en el que la culpa ya no está sujeta a la noción de daño, sino que es ya el elemento central y único suficiente por sí mismo para justificar la responsabilidad.

Con la Revolución Industrial surge la teoría del riesgo, hoy de vigente actualidad, que propugna la imputación de la responsabilidad civil a aquella persona que provoque el aumento del peligro asumible en una concreción de consecuencia dañosa requerida de resarcimiento.

La responsabilidad civil es la obligación que tiene una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea de la misma naturaleza o bien por un equivalente monetario (pagar una indemnización). La responsabilidad emerge de la necesidad que tenemos todos de responder de nuestra conducta o actos y sobre todo en la obligación de no dañar a nadie, dicha responsabilidad surge cuando se incumple un contrato o se causa un daño a un tercero participando por su parte dolo, culpa o negligencia, de manera tal que debe reparar el perjuicio creado.

¹ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. *La responsabilidad civil de los teleinformáticos, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos, médicos, peritos en general, administradores/consejeros de las sociedades mercantiles y de los abogados*. Madrid: Colex, página 20,2004

Es habitual en el Derecho distinguir entre responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual, la jurisprudencia española ha sentenciado al respecto en una sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 1983 que: *“si bien ambas responsabilidades tienen su punto de arranque en la exigencia o no de una relación comercial se confirma que no existen diferencias esenciales entre ambas y su fundamentos y finalidades comunes, con varios puntos de coincidencia.*

Una vez hecha esta referencia breve al concepto de responsabilidad y sus orígenes desarrollaremos de forma superficial el marco normativo de esta responsabilidad en el ordenamiento jurídico español y europeo.

En el ordenamiento jurídico español tendríamos nuestra primera norma de auditoría con la ley 19/1988 de Auditoría de Cuentas en concreto en su artículo 11 y en el artículo 42 de su reglamento de desarrollo, Real Decreto 1636/1990.

Dicha Ley reza en el artículo 11.1 lo siguiente:

“1 Los auditores de cuentas responderán directa y solidariamente frente a las empresas o entidades auditadas y frente a terceros, por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones.

Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría responderán tanto el auditor como la sociedad en la forma establecida en el apartado 1. Los restantes socios auditores que no hayan firmado el informe de auditoría de cuentas, responderán de los expresados daños y perjuicios de forma subsidiaria y con carácter solidario”.

La justificación de la responsabilidad civil extracontractual del auditor frente a terceros ajenos al contrato de auditoría se basaba en el principio de seguridad jurídica, pues dichos terceros son destinatarios de la publicidad registral del informe de auditoría, y en la necesidad de protección al inversor. Al estipular la norma que el auditor respondiese de manera solidaria e ilimitadamente, se provocaba que el perjudicado dirigiera su pretensión de indemnización, no contra los administradores que realizaron mal los balances y análisis financieros, sino contra el auditor y ello por el mero hecho de su mayor solvencia patrimonial al haber abonado previamente fianza para el ejercicio de su actividad, esto, junto con una serie más de razones provocaba un aumento significativo de las primas de seguro de responsabilidad civil de los auditores que afectaba de forma perjudicial.

Al poco tiempo de su entrada en vigor, ya surgieron ciertas voces dentro del sector que abogaban por modificar el régimen de la responsabilidad civil de dicha Ley, limitándolo.

La deseada modificación se produjo en 2 momentos, con la ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y por el Real Decreto 1156/2005.

La modificación que introdujo la ley 44/2002 hizo que el artículo 11 quedase de la siguiente manera:

“1. Los auditores de cuentas responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del derecho privado con las particularidades en el presente artículo.

“2. Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría, responderán solidariamente tanto el auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad.

Fernando Pantaleón criticó esta responsabilidad que tenían que asumir el auditor no firmante del informe²

Tras la modificación operada por el RD 1156/2005 se estipulaba que:

“1. Los auditores de cuentas y sociedades de auditorías de cuentas 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 el presente artículo.

2. 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. La responsabilidad civil del auditor de cuentas será exigible en forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por un tercero.

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, tanto el citado auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad”.

En cuanto al ordenamiento europeo, nos referiremos al Libro Verde de la Union Europa de 1996 sobre función, posición y responsabilidad civil del auditor señalando las diferencias entre los regímenes de responsabilidad civil de los auditores dentro de la UE y como en la Quinta Directiva en materia de sociedades se contemplaba la responsabilidad civil ilimitada del auditor de cuentas frente a terceros.

La Directiva 43/2006 de 2006 relativa a la Auditoría Legal de las Cuentas Anuales Consolidadas, establece que los auditores tienen la obligación de trabajar con la diligencia correspondiente y tienen que hacerse cargo de los perjuicios financieros que, por negligencia, hayan causado tanto aquellos con quienes mantienen una relación contractual como a los terceros que se relacionen con la sociedad auditada.

Dicha directiva pretendía una armonización mínima de los requisitos de la auditoría legal y en su art 31 se estipulaba que la Comisión debía presentar un informe sobre como las normas nacionales en materia de responsabilidad civil, afectan 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, presentando recomendaciones si lo considera oportuno.

² PANTALEÓN, Fernando. *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*. Madrid: Civitas, pág 25

En 2007, la Comisión Europea presenta un documento para la consulta que proponía cuatro posibles regímenes para la responsabilidad de los auditores:

- Establecer un límite económico.
- Establecimiento de una cuantía máxima en el contrato de auditoría en función de tamaño de la sociedad auditada.
- Fijación de una cuantía máxima en el contrato de auditoría en función de los honorarios por el servicio profesional.
- Régimen de responsabilidad proporcional.

Ello hace que se dé la promulgación de la ley 12/2010 para su adaptación a la normativa de la Unión Europea³. Dicha ley se aprueba tras 3 borradores de ley estudiados, y para su adaptación a la normativa comunitaria, modifica la anterior ley del 88, modifica a su vez la 24/1988 del Mercado de Valores y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

El artículo 11 de la nueva ley de auditoría rezaba lo siguiente:

“1. Los auditores de cuentas y 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 el presente artículo.

2. 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. Será exigible de forma personal e individualizada.

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, tanto el citado auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad.

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

Además la ley 12/2010 intenta acabar con los debates doctrinales que surgían acerca de lo que se entendía como tercero al aclarar la figura del tercero de la siguiente manera: “A efectos de lo establecido en el artículo 11 de esta Ley, 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

³ En opinión de C. García Grewe [(2015) “El informe especial para la exclusión del derecho de suscripción preferente y la responsabilidad del auditor de cuentas”, en Rojo Fernández-Rio y Campuzano Laguillo, A.B. (coord.) *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 741,742], la reforma de la ley 2010 “*parece constituirse como el corolario de una serie de sentencias de Tribunal Supremo recaídas en materia de responsabilidad civil extracontractual de los auditores*”.

siendo este elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión”⁴.

Esta reforma de la ley de auditorías responde a una recomendación de la Comisión Europea que se dictó en el año 2008, el 5 de junio, referida a la limitación de la responsabilidad civil de la función de auditoría y de las sociedades de esta.

Dicha recomendación surgió a consecuencia de una preocupación a nivel europeo de que una responsabilidad en este sector sin limitar y dispar entre los diversos estados miembros pudiera suponer la disuasión o el frenazo de las grandes compañías a la hora de participar y competir en el mercado comunitario entendiéndose que iban a hacer mucha falta en los años venideros por la gran crisis que se aproximaba. El buen funcionamiento de los mercados de capitales exigía y exige una capacidad de auditoría sostenible y un mercado de servicios de auditoría competitivo, en el que existan suficientes sociedades de auditoría que puedan y estén dispuestas a realizar las auditorías legales de sociedades cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de algún Estado miembro. Sin embargo, los cambios constantes de la capitalización bursátil de las sociedades ha incrementado notablemente el riesgo de responsabilidad civil, al tiempo que las posibilidades de obtener cobertura de seguro frente a los riesgos asociados a tales auditorías se han ido reduciendo.

Por consiguiente, debería limitarse la responsabilidad de los auditores y las sociedades de auditoría, incluidos los auditores de grupo, que realicen la auditoría legal de las sociedades cotizadas. No obstante, una posible limitación de la responsabilidad no se justifica cuando el auditor incumpla deliberadamente sus deberes profesionales, y no debería ser válida en estos casos. Asimismo, esa limitación no debería afectar al derecho de los posibles perjudicados a obtener un resarcimiento justo. A la vista de que los sistemas de responsabilidad civil de los Estados miembros varían notablemente entre sí, resulta oportuno en esta fase que cada Estado miembro pueda elegir el método de limitación que considere más apropiado para su sistema de responsabilidad civil siempre respetando los mínimos establecidos en la armonización establecidos en la directiva 43/2006.

Se recomienda el uso de uno o varios de los siguientes métodos en particular:

a) fijación de una cuantía máxima o de una fórmula que permita calcular esa cuantía.

⁴ Precepto criticado por OTERO CRESPO. M en 2013 “*La responsabilidad civil del auditor de cuentas: pure economics losses: daños causados a terceros*. Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, págs. 234 y 235

b) establecer un conjunto de principios en virtud de los cuales un auditor legal o una sociedad solamente serán responsables dentro de los límites de su contribución real al perjuicio sufrido por el reclamante, no siendo así responsables con otros causantes del perjuicio.

c) establecer reglas de tal forma que se permita que la sociedad de auditoría o el auditor fijen un máximo a esa responsabilidad mediante un acuerdo. La 2 opción fue la elegida por el legislador español.

Más tarde se aprobaría el Real Decreto Legislativo 1/2011 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas y establecía un régimen de auditoría de cuentas igual al anterior, lo que sí cabe destacar es la regulación detallada de la fianza que hace el TRLAC en su artículo 55 y conviene destacar sobre todo lo establecido en el punto 2, 3, 4 y 5:

2. *“La fianza para el primer año de actividad, que tendrá carácter mínima en los sucesivos, en el supuesto de las personas físicas será de 300.000 euros. Dicha cuantía, en el caso de las sociedades de auditoría, se multiplicará por cada uno de los socios de la misma, sean o no auditores de cuentas designados para firmar informes de auditoría, teniendo, asimismo, el carácter de mínima en los años sucesivos.*

3. *“Una vez transcurrido el primer año de actividad, la fianza mínima a que se refiere el apartado anterior se incrementará en un 30% de la facturación que exceda de la cuantía equivalente a la de dicha fianza mínima”*

4. *“En el caso de que la fianza se constituya mediante una póliza de seguro de responsabilidad civil, individual o colectiva, en cuyo caso se aportará el correspondiente certificado individual de seguro, este deberá cubrir específicamente la responsabilidad civil tal y como se define en el artículo 22 del TRLAC*

La cobertura debe realizarse de forma individualizada para cada asegurado y para el ejercicio de la actividad de auditoría de cuentas.

5. *“Los auditores de cuentas o sociedades de auditoría deberán justificar anualmente la vigencia y suficiencia de la fianza. Asimismo, deberán comunicar cualquier circunstancia que produzca la extinción, pérdida o la reducción de la eficacia de la fianza, así como cualquier modificación introducida en los términos inicialmente pactados.*

Finalmente llegaremos a la ley actual, la 22/2015 que se promulga para comulgar la legislación española con la Directiva Europea 56/2014 del Parlamento Europeo y el Consejo. Como señala Valmaña⁵, así un poco grosso modo, lo que se pide a los auditores es una labor de descubrimiento de fraudes que si resulta errónea, les coloca en la posición de responsables salvo que prueben fehacientemente que han cumplido rigurosamente con todas sus

⁵ VALMAÑA Antonio. *La auditoría legal de cuentas anuales*. Madrid: Bosch-Wolters Kluwer, págs. 399 y 400

obligaciones de diligente actuación buscando con ello, evitar que la responsabilidad se extienda a daños posteriores, que sean el resultado de una sucesión fáctica más amplia.

La doctrina académica ha propuesto perfeccionar más la redacción de la responsabilidad y su aseguramiento especificando que el plazo de prescripción empieza a computar desde la fecha de entrega del informe de auditoría.

2. BREVE REFERENCIA A LOS PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

2.1 Acción u omisión.

Para que el auditor sea responsable civilmente es necesario que haya incumplido, por acción u omisión, alguna de las obligaciones que le impone la ley de auditoría de cuentas causando un perjuicio a la entidad auditada o bien a terceros. La principal obligación asumida por el auditor es la emisión, tras la revisión y verificación de la documentación contable, de un informe, en consecuencia la responsabilidad surgirá por la falta de emisión y entrega de tal informe o bien por su realización incompleta, retrasada o defectuosa.

La normativa establece una serie de deberes que el auditor debe cumplir en el transcurso de sus funciones tales como:

- a) ser y parecer independiente.*
- b) mantener el secreto de cuanta información conozca en el ejercicio de su actividad.*
- c) conservar y custodiar la documentación referente a cada auditoría realizada.*
- d) requerir cuanta información precise para la emisión del informe de auditoría de cuentas.*
- e) revisar el trabajo efectuado y el juicio emitido por los profesionales del equipo de trabajo.*
- f) aceptar únicamente trabajos que pueda realizar con la debida diligencia profesional.*

El incumplimiento de estos deberes se sanciona y podrían dar lugar a la responsabilidad civil en el momento que se hubiese causado un perjuicio patrimonial⁶. Muchas veces la infracción de algunos de estos deberes puede provocar daños patrimoniales que son exigibles civilmente por el damnificado como por ejemplo cuando un auditor vulnera el deber de guardar secretos. En la práctica para que surja la responsabilidad civil del auditor tiene que producirse un incumplimiento que haya repercutido en el informe de auditoría llevando a la no emisión del informe o su emisión retrasada o incompleta.

⁶ Es habitual aportar como prueba en el correspondiente proceso civil contra el agente la resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas recaída tras el correspondiente expediente sancionador.

En el caso de que el auditor haya sido contratado con la finalidad de realizar trabajos de revisión o verificación de documentos contables distintos de las cuentas anuales no genera excesivos problemas ya que el contrato se celebra para la realización de una labor que habrá de plasmarse en un informe y una vez realizado dicho informe, la relación entre auditor y sociedad auditada termina. Lo mismo ocurre en el caso de las auditorías voluntarias para controlar un ejercicio económico en concreto.

Para el caso de la auditoría de las cuentas anuales las cosas no son tan simples. El artículo 8.4 de la Ley de Auditoría de Cuentas (que en este aspecto es idéntico a lo que dice la ley actual): “Serán contratados por un período de tiempo inicial, que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve, a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar” sin embargo la doctrina⁷ ha afirmado que la larga duración del contrato no impide considerar como incumplimiento absoluto del mismo la no realización del informe de un determinado ejercicio. Y esto es así porque el contrato de auditoría no es de tracto sucesivo, sino de una duración y prestación periódica, cada informe es “una obra” que anualmente el auditor se compromete a entregar. La falta de realización del informe en uno de los ejercicios puede suponer responsabilidad por incumplimiento pleno de la prestación acordada. Inclusive puede dar lugar a la resolución del contrato sin necesidad de que termine el periodo por el que el auditor fue contratado.

La responsabilidad del auditor puede también derivar de la realización defectuosa del informe de auditoría. Los defectos que puede presentar el informe podrán ser extrínsecos o intrínsecos. Los primeros cuando son patentes por ejemplo: falta de datos de la entidad o cronológicos que no generan mayor problema porque aunque el informe es defectuoso en el momento de la entrega es posible la subsanación de dichos errores y una vez reparados el informe satisfará a la entidad auditada.

Mayor importancia tienen los defectos intrínsecos que son aquellos que se refieren a elementos que se han denominado como de comprobación y de opinión técnica.

La responsabilidad del auditor de cuentas por un informe de auditoría defectuoso puede provenir por 2 causas. Por un lado, de no aplicar las Normas Técnicas de Auditoría que publica el Instituto de Contabilidad y en segundo lugar, la responsabilidad del auditor podrá venir determinada por la incorrecta aplicación al supuesto concreto de las normas que el caso requiere. En este supuesto se aplican las normas técnicas y sustantivas pero lo hace de forma

⁷ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales*. Madrid. Civitas Thomson Reuters, pág 154

PACHECO CAÑETE, Matilde, *Régimen legal de la auditoría de cuentas*. Madrid. Consejo Económico y Social, pág 326

incorrecta provocando con ello un informe defectuoso, es un supuesto en el que el auditor de buena o mala fe, no ha sido diligente tal y como se le pide desde la Ley.

Para finalizar hay que decir que el auditor será responsable por los perjuicios que cause el cumplimiento atrasado de sus obligaciones. Tal sucederá cuando la entidad auditada acepta la emisión del informe de auditoría fuera del plazo pactado y eso es porque en el caso de las auditorías para las cuentas anuales es muy complicado la contratación de un nuevo auditor, por ello, habitualmente, el órgano de administración de la sociedad presionado por la necesidad de cumplir con lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital aceptan ese cumplimiento tardío. Todo ello sin perjuicio de que la sociedad pueda exigir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados.

No obstante, no siempre que el auditor se retrase en la entrega del informe quedara obligado a indemnizar por los daños que dicho informe pudiera haber causado, pudiera ser que el retraso se deba a que los administradores de la sociedad no han cumplido correctamente con el deber legal de colaborar diligentemente con los auditores para facilitar sus obligaciones.

También es posible que el retraso del informe se deba a que la contabilidad ha sido llevada por la empresa auditada con grandes errores lo que dificulta la tarea auditora. En ambos supuestos el auditor no deberá responder.

2.2 El daño

El requisito para que el auditor sea civilmente responsable es el daño, supone un presupuesto fundamental tanto para la responsabilidad civil contractual como extracontractual. Sin daño no surge la obligación indemnizatoria a pesar de que haya incumplimiento de una obligación derivada del contrato de auditoría o de su normativa.

Las infracciones que prevé la ley para el caso de incumplimiento por parte de los auditores de su normativa son las sanciones administrativas que únicamente darán lugar en su caso a la responsabilidad civil cuando, a mayores del comportamiento activo u omisivo del auditor se hubiera provocado un perjuicio patrimonial al tercero a la sociedad objeto de la auditoría. El auditor en el transcurso de la ejecución de sus funciones tiene la probabilidad de causar daños a la entidad auditada o a terceros que hubieran confiado en su labor y por tanto en el informe de auditoría. Los daños que puede sufrir la sociedad auditada, que es quien contrata al auditor o a la sociedad que va a realizar la auditoría, pueden ser muy diversos.

De esta forma, puede resultar patrimonialmente perjudicada cuando sobre la base de un informe incorrecto, falso o incompleto, se hubiera decidido un aumento de capital, realizar determinadas inversiones o un reparto de dividendos, decisiones todas ellas que no se

hubieran adoptado si el informe hubiese reflejado de forma fehaciente y veraz la situación patrimonial de la empresa. Del mismo modo, el obligado aplazamiento de la convocatoria y celebración de la junta general a causa del retraso en la emisión del informe provocara daños resarcibles a la sociedad destacando la doctrina algunos de ellos: costes a mayores que surgen por la posterior urgencia, demora en la entrega de cierta documentación a los socios obligando a retrasar la toma de decisiones, el tener que publicar nuevos anuncios de convocatoria de la junta, posible pérdida del local que se haya arrendado para la celebración de la junta entre otros.

Asimismo, podría ser que resultasen dañadas terceras personas fundamentalmente como consecuencia de toma de decisiones confiando en el informe de auditoría. Si fuesen accionistas el perjuicio normalmente estará conectado con el ejercicio del derecho de voto que les pudiera corresponder o bien con la toma de otras decisiones relacionadas con su participación activa en la sociedad. En el resto de los supuestos podrían ser por ejemplo un préstamo incobrable o una mala decisión de inversión por culpa de la confianza que se depositó en el informe erróneo, falso o incompleto.

En cuanto a las clases de daño, el auditor en el desarrollo de su labor puede ocasionar daños patrimoniales o morales.

El perjuicio de carácter patrimonial sufrido por el afectado sería el daño en sentido estricto y el daño moral es aquel que lesiona otros intereses o elementos de difícil valoración económica y pese a no estar recogido de forma expresa en el Código Civil, tanto doctrina como jurisprudencia lo admiten en ambos ámbitos, extracontractual y contractual.

Los auditores pueden provocar tanto daños materiales como morales a la sociedad auditada ya que un informe de auditoría falso, erróneo o incompleto puede suponerle no solo perjuicios económicos sino también morales por la pérdida de su imagen, valor social, reputación... En este sentido algunas pólizas de seguro de responsabilidad civil excluyen de la cobertura del seguro las reclamaciones provocadas por daños morales.

En cuanto a la trascendencia del daño, el artículo 1106 del CC establece: *“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”* por tanto se incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante. Por otro lado el 1107 del CC nos dice: *“Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.”* Este precepto es discutido por la doctrina ya que una parte de ella considera que debe regir en ambos ámbitos, contractual

y extracontractual y otros autores piensan que su aplicación debería estar limitada a las relaciones contractuales. Sea como fuere el alcance del problema se ve menguado si tenemos en cuenta que la función de auditoría exige un alto grado de pericia y conocimientos lo que supone que les es exigida una gran capacidad de previsión.

Para finalizar para que el daño sea indemnizable no basta con que el daño sea posible sino que debe ser adecuadamente probado correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado. Debiendo el damnificado probar el daño, la STS 104/2006 de 10 de febrero o en la STS 815/2010, de 15 de diciembre, en su fundamento jurídico 1º, nos indican que los demandantes *“afirmaron que, aunque no fueron los únicos responsables, los auditores les impidieron u obstaculizaron emprender una reacción oportuna ante la incorrecta manera de administrar la sociedad, dado que habían confiado en la apariencia de normalidad que generaban unos informes formulados sin incluir salvedades significativas. E imputaron a los mismos, en concepto de daño indemnizable, el incremento de la contraprestación a su cargo respecto de la inicialmente establecida para la terminación de las construcciones a las que tenía derecho.*

2.3 Culpa y negligencia.

El tercero de los presupuestos necesarios para que el auditor de cuentas sea responsable civilmente es la culpa en sentido amplio comprendiendo también el dolo. Se define de este modo, como una omisión de la conducta debida para prever y evitar el daño, con ausencia de malicia pero previsibilidad del resultado, y se manifiesta por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamento o deberes⁸.

A pesar de la tendencia general existente en la jurisprudencia a la objetivación de la responsabilidad, la culpa continua siendo el elemento central de la responsabilidad civil. Para que el auditor sea civilmente responsable es preciso el incumplimiento culpable de las obligaciones derivadas de la normativa reguladora de la auditoría de cuentas. El problema es establecer cuando un incumplimiento puede ser calificado como culpable, es decir, determinar el nivel de diligencia exigible de los auditores.

El criterio general de la diligencia lo establece el artículo 1104 CC que dice lo siguiente *“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”* y en segundo lugar

⁸ Como formas de culpa tenemos: A) Imprudencia: afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse. B) Negligencia: implica una falta de actividad (no hacer) que produce el daño. C) Impericia: se presenta en aquellas actividades que, para su desarrollo, exigen conocimientos técnicos especiales. D) Inobservancia de reglamentos: conociendo las normas, estas sean vulneradas y/o que, debiendo conocerlas, no se observen las mismas.

“Cuando la obligación no expresa la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

La expresión *“un buen padre de familia”* será el modelo de referencia para establecer si un comportamiento ha sido o no culposo. Además, es un modelo que permite comprender contenidos técnicos según la naturaleza de la obligación debida y en función de las circunstancias de cada caso, de tal manera que la expresión *“buen padre de familia”* se transforma en el de *“un buen profesional del ramo”* y la diligencia con la que el auditor deberá actuar, estará condicionada por las reglas que disciplinen su arte o profesión.

Las Normas Técnicas de Auditoría establecen el comportamiento a seguir en el desarrollo de su actividad dándonos por tanto la pauta para determinar si ha actuado con la diligencia debida en sus funciones o no. Algunas de las normas son las siguientes:

- a) Normas técnicas de carácter general.
- b) Normas técnicas sobre la ejecución del trabajo.
- c) Normas técnicas sobre informes etc.

Para lo que no esté establecido en las normas técnicas tendrán la consideración de tales, los usos o prácticas habituales entendiéndose estos como los actos reiterados, constantes y generalizados observados.

La obligación genérica de los auditores está recogida en la NTA 1.4 que recoge además una serie de reglas de conducta que guiaran su forma de proceder, siendo alguna de estas; cumplir las normas en la ejecución del trabajo y emitir el informe, revisar el trabajo efectuado, aceptar solamente trabajos que pueda realizar con la debida diligencia profesional, asesorarse cuando lo considere necesario por otros profesionales debiendo ser cuidadoso en la selección y consulta, realizar todas las tareas que sean necesarias para mantener la calidad del trabajo...

Estas normas crean un marco de actuación muy riguroso por las especiales singularidades existentes en la actividad de la auditoría y su enorme transcendencia pública, siendo por tanto, la propia forma de la obligación que el auditor asume, lo que determina el nivel de exigencia, con todo, no se debe equiparar el mero error con la culpa.

Para que un error del auditor, es decir, un comportamiento técnicamente equivocado, dé lugar a responsabilidad civil ha de ser necesariamente consecuencia de la culpa.

En este orden de cosas, el auditor será responsable si comete una equivocación no justificable en un profesional competente de auditoría. No obstante, si el error es de apreciación subjetiva por el carácter opinable de la cuestión, no siempre su realización implicara necesariamente un comportamiento culpable del auditor.

Surge un interrogante cuando se analiza el tema de la diligencia del auditor y es el siguiente: ¿están obligados los auditores a investigar la realidad de los hechos económicos que se le presentan o pueden dar por buenos aquellos que se les comunican y aparecen en la documentación que se les facilita? Detrás de este asunto se encuentra el problema de las expectativas que se genera en torno a la actividad de los auditores, la gente crea, por diferentes razones, ciertas expectativas o consideraciones en torno a la función de auditoría que luego el informe quizás no satisface y que además no coinciden con la idea que el auditor tiene sobre la naturaleza y alcance de su trabajo. Las principales diferencias que se generan son con respecto a la denuncia del fraude y el principio de empresa en funcionamiento.

Los clientes del auditor estiman que es función de este la detección del fraude. En el apartado dedicado al “objetivo de la auditoría de cuentas anuales” de la introducción a las NTA⁹ se dictamina que “*en la planificación de su examen, el auditor debe considerar la detección de los errores e irregularidades producidos que pudieran tener un efecto significativo sobre las cuentas anuales; sin embargo, no será responsable de todo error o irregularidad cometido por los administradores, directores y el personal de la entidad*”. Más específicamente, la NTA 1.5.3 deja claro que el trabajo del auditor no está concretamente destinado a detectar las irregularidades de todo tipo e importe que hayan podido acaecer, por tanto, no puede ser este uno de los resultados. Pese a lo anterior, el auditor debe planificar su examen teniendo en cuenta la circunstancia de que pudieran existir errores o irregularidades con un efecto trascendente en las cuentas anuales.

En definitiva el auditor deberá comprobar si las cuentas anuales reflejan fielmente la imagen del patrimonio, la situación financiera siendo consciente que puede haber errores o fraudes en las cuentas que procede a examinar.

Su finalidad principal no es descubrir irregularidades, eso sí, tampoco puede realizar sus funciones de un modo superficial y rutinario, limitándose a recibir la información solicitada a los administradores creyendo en ella a pies juntillas. Debe haber un escepticismo profesional y está obligado a investigar hasta que las dudas que hayan surgido se aclaren o se vean confirmadas.

De cualquier forma, los auditores están obligados a denunciar los fraudes que observen en el transcurso de su actividad. El auditor deberá comunicar a la dirección, cuanto antes, la existencia o previsión de errores significativos o irregularidades incluso cuando dichas anomalías no afecten enormemente a las cuentas anuales. En el momento de informar al

⁹ Resolución del 19 de enero de 1991, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publican las Normas Técnicas de Auditoría, *BOICAC*, núm. 4, BOE de 22 de abril de 1991

representante que corresponda de la empresa el auditor debe valorar todas las opciones y circunstancias del caso concreto sin descartar la posibilidad de que pudiera estar implicado algún miembro de la alta dirección, lo ideal en estos casos, sería informar a una entidad superior a la de las personas que están afectadas en el caso salvo que también haya dudas acerca de su posible participación.

Para finalizar, en lo relacionado con el principio de empresa en funcionamiento se establece en las NTA que la opinión técnica del auditor otorga una mayor confianza en la credibilidad de las cuentas anuales. Sin embargo la persona que este basándose en un informe de auditoría no debe dar por hecho que la opinión técnica del auditor es una garantía sobre la viabilidad de la entidad, ni tampoco una declaración de eficacia o eficiencia sobre la misma. En todo caso, el auditor debe prestar atención a aquellas situaciones o circunstancias que le puedan hacer dudar de la continuidad de la actividad de la entidad y, si una vez analizados todos los factores subsisten dudas importantes, mencionar tal incertidumbre en su informe.

No se incluye en la responsabilidad del auditor la predicción de sucesos futuros, por tanto, la emisión de un informe favorable sobre las cuentas anuales no constituye una garantía o seguridad de que la entidad tenga capacidad para continuar su actividad durante un periodo determinado después de la fecha de dicho informe. En todo caso, el auditor garantiza, bajo su responsabilidad, que ha realizado determinadas comprobaciones que le han llevado a concluir que la entidad podrá continuar su actividad durante el siguiente ejercicio o en el caso de que tenga dudas de esto deberá hacerlo constar en el informe y si procediera denegar la opinión.

Por eso, se entiende que los auditores deben ser prudentes y compatibilizar la obligación de hacer públicos sus dudas o temores sobre la continuidad de la empresa con intentar no causar pánico que lleve a una eventual crisis.

En lo referido a la distribución de la carga de la prueba de la culpa, debe diferenciarse según sea responsabilidad contractual o extracontractual. En el ámbito contractual se da por hecho que la culpa es de quien incumple lo pactado, de tal forma que será el deudor incumplidor quien habrá de probar que no concurre la culpa para quedar liberado de esa responsabilidad. Por su parte al acreedor le corresponderá la demostración del incumplimiento de la obligación. Será la entidad auditada la que deberá probar el incumplimiento de la obligación por parte del auditor. Una vez probado esto, el auditor deberá responder salvo que logre demostrar que no actuó de forma culpable. Al ser la obligación del auditor una prestación de resultado no supone excesivos problemas para la entidad auditada acreditar la no entrega del informe de auditoría o su entrega extemporánea, la prueba del incumplimiento defectuoso

ya sí que puede resultar más laboriosa ya que es necesario probar una determinada conducta del auditor como por ejemplo que no se ha ajustado a las Normas Técnicas de Auditoría o que no se ha sujeto a las reglas de la profesión o no se ha sujeto a la buena praxis del ramo profesional.

Una vez acreditada la responsabilidad (si existe un incumplimiento culpable del deudor, un daño resarcible debidamente acreditado¹⁰, y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación y los daños acaecidos), se debe dar un resarcimiento de la misma, que consistirá en:

1. ° La indemnización “por el equivalente”, que es la indemnización en sí misma, la prestación del interés, que consiste en prestar al acreedor el equivalente de aquella cantidad que le hubiera reportado el cumplimiento de forma específica.
2. ° Restitución *in natura*, o reparación del daño en forma específica y la realización de la actividad necesaria para reponer las cosas o bienes a su estado primitivo.
3. ° En un dar, hacer o no hacer, que el juez o tribunal determinara atendiendo a la naturaleza de aquel y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, estableciendo si han de ser cumplidas por el mismo o ejecutadas a su costa.
4. ° Indemnización de los daños y perjuicios¹¹.

En el ámbito extracontractual corresponde al tercero que reclama el resarcimiento probar el daño, su autoría y la negligencia o culpa del auditor. En la jurisprudencia hay una cierta objetivación de la responsabilidad y se ha hecho fundamentalmente a través de la inversión de la carga de la prueba. Esto ha llevado a la presunción de culpa hacia el agente, de tal forma que será él quien tendrá que probar que actuó con la diligencia profesional correspondiente no siendo, además, suficiente para ello la acreditación de que se ha cumplido la normativa que en su caso corresponda.

En el sector de la auditoría mientras una parte de la doctrina considera que el tercero debería ser el encargado de demostrar la falta de profesionalidad o cuidado del auditor en el cumplimiento de la obligación por la cual fue contratado, otra parte no menos importante de la corriente doctrinal, entiende que es bueno y deseable la inversión de la carga de la

¹⁰ “Los perjuicios reales y efectivos han de ser acreditados con precisión, de modo que el perjuicio sufrido solo debe ser resarcido con el equivalente del mismo, para lo que es imprescindible concretar su entidad real”, STS de 19 de Septiembre de 1986.

¹¹ La jurisprudencia “tiene declarado que para condenar a daños y perjuicios hay que probar su existencia (...). La prueba incumbe al actor”. STS 1 de abril de 1996, y “han de aplicarse en estos casos los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria del artículo 217.7 de la LEC, que deben preponderar sobre el criterio tradicional de atribuir al demandante la carga de la prueba. STS 60972015 de 12 de noviembre.

prueba argumentando que para los terceros afectados es muy difícil demostrar la culpa del agente ya que es más probable que carezcan de los conocimientos técnicos y la información necesaria porque no tendrán a su disposición, por lo general, los documentos de trabajo del auditor ni se desarrollarán con la misma soltura en el marco de normas que rige en este sector profesional.

2.4 Dolo

En los actos jurídicos es la voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída. El dolo es uno de los vicios del consentimiento aplicable a los contratos que consiste en el engaño fraudulento o cuando, conociendo el error del otro contratante, se aproveche del mismo.

Acción u omisión, que mediante conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de una obligación (en este caso la de realizar correctamente y en el plazo estipulado el informe de auditoría).

Como requisitos del dolo podemos citar:

- Que va dirigido a un acto para la lesión de una persona o causación de un daño y existe voluntad de cometer el acto.
- Al acto corresponde la producción concreta de ese resultado.
- El resultado es querido por el agente.

2.5 Causas de exoneración de la responsabilidad

En el ámbito contractual y extracontractual existen las llamadas causas de exoneración de la responsabilidad. Un determinado hecho rompe la relación de causalidad entre la acción u omisión del deudor y los perjuicios sufridos por el acreedor de tal forma que el deudor queda liberado de su responsabilidad.

Algunas de las causas de exoneración de la responsabilidad son las siguientes:

- a) caso fortuito/fuerza mayor.
- b) intervención de un tercero.
- c) y culpa excesiva del perjudicado.

La primera de ellas es el caso fortuito o fuerza mayor que se refiere al devenir de los acontecimientos imprevistos, acaecimiento de unos hechos que no se pudieron prever o que siendo previstos, no se han podido evadir. Los casos más concurrentes son los eventos y fenómenos de la naturaleza. Por tanto el auditor quedara liberado de responsabilidad en los casos en los que la entrega del informe se vea retrasada o directamente se dé la no entrega de

este por ejemplo por una inundación, enfermedad grave, incendio del despacho o fallecimiento.

Respecto a la intervención de tercero, hay que empezar aclarando que no toda intervención de tercero libera de responsabilidad al auditor. Normalmente el auditor cuenta para la elaboración del informe con la ayuda de auxiliares o colaboradores suyos que han participado en la elaboración del informe de auditoría tal y como establece el artículo 5.3 del TRLAC¹².

La responsabilidad del auditor puede verse reducida o incluso totalmente eliminada cuando el acreedor o una persona de la que éste debe responder haya contribuido a la producción del daño aunque en el caso concreto de la auditoría de cuentas no es tan fácil porque es cierto que los administradores pueden influir muchísimo ya que a ellos corresponde redactar las cuentas anuales y hay una buena probabilidad de que el daño que sufra la sociedad derive de su actuación pero no podemos olvidar que los auditores asumen el encargo de revisar y comprobar la documentación contable con el fin de emitir el informe correspondiente. Lo complicado de esta situación es determinar el grado de responsabilidad de cada uno de ellos. En principio parece que los auditores quedarán exonerados de responsabilidad cuando habiendo solicitado la sociedad auditada cuanta información precisen para elaborar el informe y utilizando fórmulas de verificación contable que se consideren adecuadas no hubieran podido detectar las eventuales anomalías que existan. Lo que sucederá por ejemplo cuando dichos fallos o errores hayan sido intencionadamente provocados o astutamente ocultados por los administradores. Por todo lo dicho anteriormente cabe sacar como conclusión; que el auditor responderá frente a eventuales reclamaciones de la sociedad auditada como de terceros, de la parte que se le adjudique en función de su participación en el perjuicio causado, que quizá no sea la mayor sobre todo si tenemos en cuenta que son los administradores los que regentan la sociedad y confeccionan las cuentas anuales.

Si no resultase posible acotar la responsabilidad de cada uno en la producción del daño se aplicara el artículo 1138 del Código Civil: *“Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.”* De cualquier manera si el agente no pudiese realizar el informe adecuadamente o no puede hacerlo en el plazo acordado a causa de la nula o poca colaboración de los administradores o que tiene que hacer con el fin de quedar liberado de la posible responsabilidad, es comunicarlo en el informe en

¹² Artículo 5.3: *“El informe de auditoría de cuentas anuales será emitido bajo la responsabilidad de quien o quienes lo hubieran realizado, y deberá estar firmado por éstos.”*

el momento de la emisión con las salvedades que correspondan o incluso denegando sus conclusiones por la aparición de esas limitaciones.

Y la tercera causa de exoneración de la responsabilidad es que el daño surja por la culpa excesiva del usuario del informe de auditoría. Existe la posibilidad de que el daño provenga del mal uso que se pueda dar al informe de auditoría. Eso sucedería cuando el tercero perjudicado toma una mala decisión financiera porque se ha basado con exclusividad en el informe obviando otros documentos contables, como la memoria u otro tipo de factores como las circunstancias del mercado que claramente deben ser tenidos en cuenta a la hora de decidir en materia inversora y empresarial.

Es por ello que se establece que la fecha del informe de auditoría no diste en exceso de la fecha en la que fueron tomadas las decisiones en cuestión habida cuenta de los rápidos cambios que suceden en el mercado financiero y empresarial.

3. EL INFORME DE AUDITORIA

3.1 Contenido del informe de auditoria

La revisión de las cuentas anuales por el agente, con riguroso cumplimiento de las obligaciones que le son asignadas, finaliza con la emisión del informe de auditoría. El auditor debe emitir y firmar el informe de auditoría de manera que se pueda dar por cumplida la finalidad para la que fue contratada, quedando prohibido poder emitir un informe parcial.¹³

El documento debe tener una serie de virtudes tales como la transparencia, fiabilidad y fidelidad:

- 1) Transparencia: para poder apreciar, a través del informe, la realidad económica de la empresa.
- 2) Fiabilidad: en cuanto que este documento posee general credibilidad, similar a una especie de fe pública contable-económica.
- 3) Fidelidad: expresando exactitud y seguridad

¹³ La Norma Técnica de Auditoría (Resolución del Presidente del ICAC,1991) indica que en un informe de auditoría sobre cuentas anuales, no se permite la expresión de una opinión parcial sobre alguno o varios estados, epígrafes o partidas de las cuentas anuales cuando se esté expresando una opinión desfavorable o se esté denegando esta sobre dichas cuentas anuales en su conjunto, si bien excepciona el caso del primer ejercicio auditado, si el auditor no puede satisfacerse de la razonabilidad del importe de las existencias iniciales y, en general, del corte de las operaciones al termino del ejercicio anterior.

El informe de auditoría de las cuentas anuales es un documento mercantil cuyo contenido se regula en el artículo 5 de la LAC, artículo que debe completarse con las Normas Técnicas de Auditoría y en concreto con la Resolución de 23 de Diciembre de 2016, del ICAC, por la que se publica la modificación de ciertas normas NTA previendo la inclusión, en el informe de auditoría de cuentas anuales, de información sobre las cuestiones claves de la auditoría realizada. Como nos dice esta resolución, el nuevo informe de auditoría de cuentas << *pretende responder a la demanda de los usuarios de tener información relevante que les sirva para la toma de decisiones. Con ello se trata de hacer frente a uno de los fallos que se detectan en el sistema, que es la diferencia de expectativas entre lo que los usuarios esperan de un trabajo de auditoría y del informe y lo que realmente reciben*¹⁴>>.

Para ello, se ordena que se dé un informe más explicativo, que contenga información más relevante y específica que facilite por una parte, a comprender la situación de la entidad auditada e incluso, si es necesario, las áreas en las que la dirección aplica juicios relevantes y complejos y los rasgos significativos.

En lo referido al contenido específico del informe las cuestiones a desarrollar se han visto ampliadas frente a la regulación anterior. El profesional de la auditoría ha de incluir una serie de datos descriptivos como son: la identificación de la entidad auditada, del marco normativo de información financiera que se ha aplicado en su elaboración, de las personas físicas o jurídicas que encargaron el trabajo y, en su caso, de los usuarios a los que va destinado; así como la referencia a que las cuentas anuales han sido formuladas por el órgano de administración de la empresa auditada.

Seguidamente, el agente debe realizar una descripción del alcance de la auditoría realizada, haciendo mención a las normas de auditoría en base a las cuales ésta se ha llevado a cabo y también una referencia a los procedimientos previstos en ellas pero que no se hubieran podido aplicar como resultado de alguna limitación puesta en conocimiento durante el desarrollo del proceso de auditoría.

¹⁴ Para ORTA PÉREZ, M y BRAVO FERNÁNDEZ, V “*la falta de transparencia, los frecuentes casos de corrupción, la reciente crisis financiera a nivel mundial, el mundo globalizado en el que vivimos en la que la caducidad de la información económico-financiera cada vez es más temprana, las complejas operaciones y transacciones entre entidades, la necesidad de comparación entre la información económica de organismos procedentes de distintas partes del mundo, etc., han hecho que los usuarios de este tipo de informe exijan una mayor y mejor información. Esta demanda ha llevado por tanto a una revisión normativa de auditoría, principalmente con respecto al informe emitido por un auditor independiente en el que se busca fortalecer el valor comunicativo de este*”.

Se exige que en el propio informe de auditoría se haga mención a la responsabilidad del auditor de cuentas o a la sociedad de auditoría de expresar una opinión sobre las cuentas en su totalidad.

Una de las principales novedades respecto al informe de auditoría anterior es que antes de expresar la opinión, los auditores deben dejar constancia de que la auditoría se ha planificado y ejecutado con el fin de obtener una seguridad razonable y que las cuentas están exentas de errores materiales, incluidos los derivados del fraude. También se deben describir los riesgos que se consideren más significativos de dichos errores, un resumen de las respuestas del auditor a dichos riesgos, y en su caso, de las observaciones esenciales que se deriven de ellas. También es nueva el tener que hacer referencia al principio de declaración de independencia en el que debe constar una declaración de que no se han prestado servicios distintos a los de auditoría o que no han concurrido situaciones o circunstancias que hayan afectado a la necesaria independencia del auditor o sociedad de auditoría (art. 5.1.d LAC)¹⁵.

La LAC prevé cuatro modalidades de opinión del auditor pudiendo ser:

- a) Favorable
- b) Con salvedades
- c) Desfavorable
- d) Denegada¹⁶

En el caso de que existan salvedades deberán constar todas ellas en el informe. Se deben indicar en su caso las posibles incertidumbres más significativas o materiales que estuviesen relacionadas con los hechos o condiciones que pudieran suscitar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad auditada para continuar como empresa en funcionamiento. Asimismo, se hará referencia a cuestiones que no siendo una salvedad, el auditor crea a su juicio o considere necesario destacar a fin de poner un énfasis en ellas.

El informe de auditoría ha de ser redactado en lenguaje claro y sin ambigüedades y de ninguna forma se podrá utilizar el nombre de ningún órgano o institución pública con competencias de inspección o control de modo que pueda indicar o sugerir que dicha autoridad respalda o

¹⁵ Independencia de acuerdo con el régimen previsto en las secciones 1º y 2º del capítulo III del Título I de la LAC.

¹⁶ HERREROS, J. “*El debate global sobre los Informes de Auditoría. Novedades y Perspectivas*”, *Revista Contable*, num. 36, septiembre 2015, pág 38-46, considera que el nuevo contexto resultado de la crisis económica conduce a que se reclame por los usuarios de la información financiera que el informe de auditoría no se reduzca a una mera opinión con o sin salvedades, de forma que, el mismo ayude a hacer más patente el valor de la auditoría contribuyendo además a elevar la visibilidad de la profesión.

aprueba dicho informe; y de otro lado, se persigue el aclarar determinados conceptos que los usuarios quizá no pudieran comprender. Lo que se persigue con ello es reforzar el valor tanto para la entidad como para los usuarios, siempre en sintonía con el interés público que se le atribuye al informe.

El informe deberá ir acompañado de la totalidad de documentos que forman las cuentas anuales objeto de auditoría y en todo caso del informe de gestión.

No podrá ir el informe junto con otra información no auditada que no se encuentre claramente distinguida de las cuentas anuales auditadas, salvo que dicha información.

Tras la entrada en vigor de la LAC, el informe de auditoría debe incorporar una opinión sobre la concordancia o no del informe de gestión con las cuentas correspondientes al mismo ejercicio, en el supuesto de que dicho informe acompañe a las cuentas anuales. La Ley 11/2018, de 28 de diciembre, que modifica el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas, en lo relativo a información no financiera ha aclarado que respecto a esta materia el auditor deberá comprobar únicamente que el estado de información no financiera o en su caso, el informe separado de la materia, se encuentre incluido en el informe de gestión.

En último lugar, el informe de auditoría deberá incluir la fecha y firma de quien o quienes lo hubieran realizado, sobre todo de cara a temas de responsabilidad. La fecha del informe será aquella en que el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría hayan completado los procedimientos de auditoría necesarios para formarse una opinión sobre el estado de las cuentas anuales. Tal fecha ha de estar en armonía con lo establecido en el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital que establece que: *“El auditor dispondrá como mínimo de un plazo de un mes, a partir del momento en que le fueran entregadas las cuentas firmadas por los administradores, para presentar su informe”*.¹⁷ El plazo se puede ver ampliado desde el momento en que se retrase la entrega de las cuentas anuales o la documentación requerida a los administradores de la sociedad, a lo que hay que añadir en ocasiones los trabajos previos que suele realizar el agente de cara a la ejecución de sus trabajos de auditoría.

¹⁷ En el caso de designación del auditor por el Registro Mercantil es de aplicación al nombramiento de los auditores de cuentas lo dispuesto para los expertos independientes, en todo lo no previsto y en la medida en la que resulte compatible. Razón por la que es aplicable a los auditores lo dispuesto en el artículo 345 RRM respecto a que los expertos independientes elaborarán su informe por escrito razonado en el plazo de un mes a contar desde la fecha de aceptación del nombramiento, si bien, cuando concurren circunstancias excepcionales, el registrador, a petición del propio experto (para nosotros el auditor) podrá conceder un plazo mayor.

Una vez firmado y entregado el informe sobre las cuentas anuales, si los administradores se vieran obligados a rehacer las cuentas, el auditor no puede ampliar su informe, sino que deberá emitir uno nuevo sobre las cuentas nuevas (art 270.2 LSC)¹⁸.

Las normas técnicas de auditoría recogen propuestas de modelos de información de auditoría para utilizar según la clase de opinión que proceda y son de uso imperativo para los auditores, que no deberían emitir “incorrectamente” un informe, lo que puede suceder incluso habiéndose realizado un correcto trabajo de revisión y verificación. Dichos modelos tienen la finalidad de orientar al agente y conseguir la máxima uniformidad de redacción al objeto de facilitar la comprensión de dichos informes por las personas que vayan a usar estos documentos.

El contenido de estos modelos ha sido objeto de revisión para adecuarlos a los nuevos contenidos exigidos por la LAC para el informe de auditoría, tras la modificación de las NIA operada por la Resolución del ICAC de 23 de diciembre de 2016 de forma que el informe pasara a tener una estructura y composición diferentes. Se ordenara de la siguiente manera:

1) Párrafo de opinión y a continuación un párrafo de fundamento de la opinión donde se adherirá una manifestación sobre la independencia del agente y se recogerán también las salvedades detectadas.

2) Diferentes apartados o secciones nuevas que se refieren a los siguientes aspectos:

A. “Cuestiones claves en la auditoría” o “Aspectos más relevantes de la auditoría”, según se trate de entidades de interés público o no, respectivamente, en las que se incluirán, al menos, los riesgos considerados más importantes en el proceso de elaboración del trabajo de la auditoría siendo la descripción de estos últimos exigida para todos los informes de auditoría.

B. Incertidumbre material relacionada con el principio de empresa en funcionamiento, donde se recogerán, si es que procede, todas las particularidades que pudieran afectar a ese principio.

C. “Otra información” entendida como los estados o documentos que se presentan acompañando las cuentas anuales, pero circunscritos, con carácter general, a los que se encuentren solicitados por disposiciones legales o reglamentarias.

Por otra parte, se modifica el contenido de las siguientes secciones:

I. Cuando la entidad objeto de auditoria cuente con un órgano de supervisión del proceso de elaboración de la información financiera que sea diferente al órgano que formule

¹⁸ Artículo 270.2 LSC: “*Si, una vez firmado y entregado el informe de auditoría sobre las cuentas iniciales, los administradores se vieran obligados a reformular las cuentas anuales, el auditor habrá de emitir un nuevo informe sobre las cuentas anuales reformuladas*”.

normalmente las cuentas anuales u otros documentos financieros deberán identificarse ambos órganos sociales.

II. La responsabilidad de los auditores de cuentas cuyo contenido informativo se amplía de forma considerable permite además que dicha información pueda ir, en un anexo adjuntado o en el propio cuerpo del informe.

3.2 Tipos de opinión

Existen cuatro tipos de opinión del auditor: no modificada o favorable, con salvedades, desfavorable o denegada.

1. Opinión no modificada o favorable

Para que la opinión de auditoría sea favorable no deberán existir reservas o salvedades y el auditor declarará de forma precisa que las cuentas anuales, en los aspectos más relevantes, expresan una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados de las operaciones, y en todo caso, de los flujos de efectivo, de conformidad con el marco normativo de la auditoría y con los principios y criterios contables contenidos en el mismo.

La NIA- ES 700, adaptada para su aplicación en España mediante la Resolución del ICAC de 23 de diciembre de 2016 (Formación de la opinión y emisión del informe de auditoría sobre los estados financieros), al desarrollar los tipos de opinión, a la opinión favorable también la denomina *opinión no modificada* y aclara que solo podrá el agente declarar esta opinión cuando concluya que los estados financieros han sido preparados de acuerdo con el marco de información jurídica-financiera aplicable.

La jurisprudencia considera que si se emite una opinión favorable ello supone, sino se prueba otra cosa, que las cuentas anuales expresan la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la sociedad incluso con las posibles incertidumbres expresadas¹⁹, por lo que la refutación basada en el informe de auditoría no deberá prosperar, aunque puede ser que se dé prueba en contrario respecto de una opinión favorable que indique que las cuentas reflejen la imagen

¹⁹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de enero de 2015, que analiza un informe con opinión favorable sin salvedades aunque contiene dos menciones que el informe califica como incertidumbres, una relativa a que la sociedad se encuentra en causa de disolución por pérdidas y otra referente a la falta de separación entre saldos comerciales y saldos financieros con otra sociedad vinculada sin acuerdos escritos sobre plazos y condiciones de devolución, al emitirse opinión favorable supone que las cuentas anuales expresan en todos los aspectos importantes la imagen fiel del patrimonio. Reconoce expresamente como recoge la Norma Técnica, que los “párrafos de énfasis”, entre los que se encuentran los que expresen incertidumbres, no afectan a la opinión del auditor que puede ser favorable, con salvedades, desfavorable o denegada, y en este caso el auditor emite una opinión favorable lo que ratifico en el acto de la vista.

fiel del patrimonio y de la situación financiera, si se acredita el incumplimiento de las normas técnicas de auditoría, que exigen que el auditor llegue a un grado de evidencia suficiente del real de estado de la empresa que le permita formar su juicio profesional sobre las cuentas, debiendo abstenerse de emitir una opinión o expresando las salvedades que en cuyo caso correspondan.

Si los auditores realizan un informe favorable respecto a unas cuentas que no reflejan una imagen fiel del patrimonio de la entidad auditada están contribuyendo a crear unas expectativas de confianza en los acreedores, si bien es cierto que la responsabilidad del auditor no emana exclusivamente de una actuación profesional negligente que le lleve a no detectar cuantiosas pérdidas sufridas por la sociedad auditada, sino que es necesaria la existencia de un nexo causal entre dicha actuación y el daño producido.

2. Opinión modificada

Cuando existan salvedades los auditores deberán reflejar todas ellas en el informe y la opinión técnica será: con salvedades, desfavorable o denegada.²⁰

La decisión sobre el tipo de opinión modificada que resulta adecuado tras la realización de la auditoría dependerá de:

- a) la naturaleza de la cuestión que origina la opinión modificada, es decir, si los estados financieros tienen incorrecciones materiales o, en el caso de la imposibilidad de obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada.
- b) el juicio del auditor sobre la generalización de los efectos o posibles efectos de la cuestión en los estados financieros.

2.1 Opinión (modificada) con salvedades

El agente declarara una opinión modificada con salvedades cuando:

- a) haya obtenido evidencias de auditoría suficientes y adecuadas y pueda concluir que las incorrecciones, individualmente o de forma agregada, *son materiales, pero no generalizadas*.
- b) el auditor no haya podido obtener evidencias de auditoría suficiente y adecuada en la que basar su opinión, pero concluya que los posibles efectos sobre los diversos estados financieros de las incorrecciones no detectadas, si las hubiera, *podrían ser materiales pero no generalizados*.

²⁰ En el informe de auditoría también se indicarán, en su caso, las posibles incertidumbres significativas o materiales que pudieran suscitar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad auditada para continuar como empresa en funcionamiento y se referirán las cuestiones que, no constituyendo una salvedad, el auditor debe o considere necesario destacar a fin de enfatizarlas.

Tratamiento distinto requieren aquellas situaciones en las que las incorrecciones sean materiales y generalizadas, que darán lugar a una opinión desfavorable o denegada. Según las NIA, son efectos generalizados sobre los estados financieros aquellos en los que a ojos del auditor, (i) no se limitan a elementos, cuentas o partidas específicos de los estados financieros; (ii) en caso de limitarse a elementos, cuentas o partidas específicos, éstos representan o podrían representar una parte sustancial de los estados financieros; o (iii) en relación con las revelaciones de información, son fundamentales para que los usuarios comprendan los estados financieros.

Cuando el auditor exprese una opinión modificada con salvedades, la sección de opinión tendrá el título “Opinión con salvedades”, y si es debido a una incorrección material en los estados financieros, el auditor manifestara en el párrafo de opinión que, a su juicio, excepto por los efectos de los hechos descritos en el párrafo de fundamento de la opinión con salvedades, de la siguiente forma:

(a) cuando informe de conformidad con un marco de imagen fiel → los estados financieros adjuntos muestran la imagen fiel del patrimonio de conformidad con el marco de información financiera aplicable; o

(b) cuando informe de conformidad con un marco de cumplimiento → los estados financieros adjuntos han sido preparados, en todos los aspectos materiales, de conformidad con el marco de información aplicable.

Si la opinión modificada se debe a la imposibilidad de obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada, el auditor utilizara para la opinión modificada la siguiente frase: “excepto por los posibles efectos de la cuestión o cuestiones”²¹.

En conclusión, una opinión con salvedades, mientras no sean generalizadas, muestra que las cuentas anuales auditadas reflejan una imagen fiel. La jurisprudencia y más en concreto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en 2009, valora como correcta la emisión de un informe favorable con salvedades en una auditoría en la que se emita correctamente tal tipo de informe y no se emita una opinión desfavorable o denegando la opinión, incluso aun cuando las salvedades, convertían los beneficios en cuantiosas pérdidas, ya que considera la sentencia que no consta en autos que *“los fondos propios de la compañía hubieran quedado afectados tan significativamente como para que aquella hubiera sobreesido el pago corriente de sus obligaciones o hubiera llevado a la dimisión de los administradores o a requerir la suspensión de pagos”*.

Otro pronunciamiento del Tribunal Supremo, como por ejemplo la sentencia del 30 de enero de 2015 de la Sala de lo contencioso administrativo que con respecto a las salvedades de la

²¹ NIA 705 revisada apartado 17

auditoría, concluye que “en ningún caso en el informe se deniega la opinión de la auditoría, simplemente se pone de manifiesto dos aspectos concretos que no han podido ser contrastados, de cuyo hecho no puede deducirse como conclusión que esas partidas sean incorrectas”.

2.2 Opinión (modificada) desfavorable

El auditor emitirá una opinión desfavorable o adversa cuando, habiendo obtenido una evidencia de auditoría suficiente y adecuada, determine que las incorrecciones, individualmente o de forma agregada, son en esta ocasión *materiales y generalizadas* en los estados financieros. Cuando el auditor exprese este tipo de opinión modificada desfavorable, la sección de opinión tendrá el título “Opinión desfavorable (adversa)”, aunque también se le suele denominar como opinión negativa, y que es debido a la importancia de la cuestión descrita en la sección: “Fundamento de la opinión desfavorable”:

- a) cuando sea un informe de conformidad con un contexto de imagen fiel: los estados financieros adjuntos no presentan la imagen fiel del patrimonio, de conformidad con el marco de información financiera aplicable; o
- b) cuando se realice el informe de conformidad con un marco de cumplimiento: los estados financieros adjuntos no han sido preparados, en todas sus facetas materiales, de conformidad con el marco de información financiera aplicable.

En lo referido a la impugnación de acuerdos sociales en el caso de una opinión desfavorable, al tenerse en cuenta el principio de imagen fiel, procede la declaración de nulidad de la aprobación de las cuentas. La controversia puede originarse si se emite una opinión favorable con salvedades y se considera por algún socio que las salvedades son lo suficientemente relevantes para sostener que correspondía expresar una opinión desfavorable.

Por otra parte, se admite que mencionar algunas salvedades en el informe puede eximir al auditor de conducta dolosa, pero si se comprueba que el auditor incumplió sus obligaciones legales y derivadas del buen auditor, ello supone en que resulte imputado como culpable, pues aunque el informe contenía salvedades al final autorizaba las cuentas anuales y no emitía un informe desfavorable por lo que no mostraba fielmente lo que acontecía en la sociedad, su mal estado económico, por lo que la responsabilidad del auditor viene de haber informado favorablemente las cuentas que debió emitir de forma desfavorable²².

²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 4 de noviembre de 2003. También en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2009.

En el mismo sentido, las anomalías contables pueden ser consideradas también de auditoría porque el agente está conminado, para poder emitir su opinión favorable a las cuentas, a cerciorarse de que algunos datos esenciales incluidos en la contabilidad se correspondían con la realidad²³.

2.3 Opinión denegada (abstención de opinión)

El auditor denegará la opinión (inhibirse de opinar) en los siguientes supuestos:

(i) en los casos en los que no haya podido obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada en la que basar su opinión y concluya que los posibles efectos sobre los estados financieros de los fallos no detectados, si las hubiera, podrían ser materiales y generalizados y (ii) cuando, en circunstancias extremadamente poco habituales, que suponga la existencia de numerosas incertidumbres, el auditor dictamine que, aunque se ha obtenido evidencia suficiente y adecuada en relación con cada una de las incertidumbres, no es posible formarse una opinión sobre los estados financieros debido a la posible interacción de las incertidumbres y su posible efecto acumulativo en los estados financieros.²⁴

Cuando el auditor deniegue la opinión (abstención de opinar), la sección de opinión tendrá el título de “Denegación de opinión”, también conocido de forma habitual como informe “sin opinión”.

La inviabilidad del agente para obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada (lo que se denomina también como limitación al alcance de la auditoría) puede tener su razón de ser en diversas causas:

- a) circunstancias ajenas al control de la entidad auditada como por ejemplo desaparición o destrucción de los registros contables.
- b) circunstancias relativas a la naturaleza o el momento de realización por parte del auditor de su trabajo de auditar.
- c) las restricciones o acotaciones que hayan sido impuestas por la dirección por ejemplo que se prohíba al auditor solicitar confirmaciones de ajenos de ciertos saldos contables.

²³ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014 no se considera suficiente que el auditor se limite a expresar sus dudas de forma reservada al director general de la sociedad auditada por medio de comunicaciones, como carencias del sistema de control interno, pues se siguió concediendo la opinión favorable.

²⁴ NIA 705 revisada apartados 9 y 10. Si el auditor no consigue obtener evidencia suficiente y adecuada de auditoría y determina que los posibles efectos de incorrecciones no detectadas en los estados financieros, si las hubiera, podrían ser materiales y generalizados, de tal manera que una opinión con salvedades no sería apropiada para comunicar la gravedad de la situación.

En conclusión, la opinión denegada podrá tener como base la existencia de una limitación absoluta en el alcance cuando no pudiese realizar el trabajo, cuando el auditor no recibe la información necesaria para desempeñar su actividad o bien por incertidumbres de suficiente magnitud que no permitan formarse dicha opinión, cosa que no impide necesariamente que las cuentas anuales puedan reflejar la opinión fiel del patrimonio. Tenemos como ejemplo de esta última circunstancia la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2012²⁵ en la cual el motivo para denegar la opinión fue la resolución de varios litigios pendientes y por otra parte el que los fondos propios fuesen negativos y además la sociedad se hallara en los momentos previos a la realización de la auditoría en una situación concursal de suspensión de pagos (hoy en día se conoce como concurso) de tal forma que había una clara incertidumbre sobre la capacidad de la sociedad para poder continuar con su actividad, aspectos que la sentencia valora que no son un impedimento para que las cuentas puedan reflejar una imagen fiel de la situación económica de la sociedad.

También tenemos como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011 ²⁶ en la cual, la denegación de opinión se funda en la incertidumbre de determinados litigios pendientes, en el expediente de suspensión de pagos y la falta de respuesta de los administradores sobre los saldos registrados en deudas a largo plazo con uno de los accionistas, concluyendo la sentencia que los auditores tenían una causa más que razonable para no declarar una opinión técnica, entre otros motivos, porque los saldos eran con la sociedad recurrente.

Cuando el agente deniegue su opinión, esto es, se inhiba de opinar, obre los diversos estados financieros porque no haya podido obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada, cambiara la descripción de las responsabilidades del auditor requerida por los apartados de la NIA 700 (revisada) para incluir exclusivamente lo siguiente:

- (a) una declaración en la que se establece que la responsabilidad del auditor es la realización de la auditoría conforme a las Normas Internacionales de Auditoría y la emisión del correspondiente informe referido a la sociedad auditada.
- (b) una declaración de que, no obstante, debido al factor o factores descritos en la sección “Fundamento de la denegación de opinión”, el auditor no ha podido lograr evidencia de auditoría suficiente que proporcione una base adecuada para expresar la opinión técnica sobre los estados financieros.

²⁵ RJ 2012, 9324

²⁶ RJ 2012,425

(c) la declaración del auditor acerca de la independencia y de las demás responsabilidades descritas en las NIA.

Se tiene que distinguir entre la opinión denegada de la desfavorable o adversa (también nos referimos a ella como opinión negativa), diferenciación que en base a la normativa contable se refiere la jurisprudencia subrayando que en las opiniones desfavorables las cuentas anuales no muestran una imagen fiel del patrimonio, sin embargo en la opinión denegada el auditor no ha obtenido evidencias necesarias para formular una opinión. No obstante y pese a todo, el Tribunal Supremo tiene señalado que “una denegación de auditoría puede enmascarar la realidad de una auditoría negativa o desfavorable como manera de evitar las consecuencias de esta última calificación²⁷.”

En lo referido a la materia de impugnación de acuerdos sociales por los que se aprueban las cuentas anuales, el Tribunal Supremo, siguiendo un criterio muy parecido al de la Dirección General del Registro en materia de validez de una opinión denegada para el depósito de las cuentas, se determina que el hecho de que el auditor declare una opinión denegada describiendo las incertidumbres en que la misma tiene su fundamento, no la iguala a una opinión desfavorable pues el reflejo de estas incertidumbres en la memoria no impiden forzosamente que las cuentas anuales puedan reflejar la imagen fiel de la sociedad²⁸.

Si el auditor nombrado por iniciativa de una minoría no pudiese desempeñar su labor de auditoría por causas no imputables al mismo, emitirá un informe con opinión denegada por limitación absoluta en el alcance su actividad y entregara un original a esa minoría solicitante, remitiendo copia a la sociedad.

²⁷ STS de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3932), en la que el supuesto objeto de litigio justificaba que, a pesar de que la opinión que se expresó era denegada, las aclaraciones y precisiones posteriores e información complementaria, llevaban a la conclusión de que las cuentas anuales no reflejaban la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

La STS 5 de octubre de 2011 (RJ 2011,6707) en un sentido muy similar, señalaba que lo que materialmente plantea el recurso extraordinario por infracción procesal no es en realidad ningún error en la valoración probatoria del informe de auditoría ni ninguna presunción irrazonable del tribunal de apelación sino, más bien, a una peculiar concepción que la sociedad auditada y recurrente en la sentencia tenía acerca de la denegación de opinión por parte de los auditores, intentando que se equiparase a una opinión técnica favorable.

²⁸ STS de 20 de octubre de 2011 (RJ 2012,425)

3.3 Excepciones a la obligación de emitir opinión en el informe

El informe de auditoría tendrá que ser emitido por el auditor de cuentas o por la sociedad, de tal manera que pueda lograr la finalidad para la que se encargó la labor auditora. La falta de emisión del informe de auditoría o la renuncia a continuar con el contrato tan solo podrá darse cuando concurra una justa causa.

El Reglamento de Auditoría de 2011 desarrolla la posibilidad legalmente establecida de no emitir el informe o de renunciar al contrato, dando unas pautas o criterios que han de observarse para fijar *“la línea que separa dicha facultad con la obligación de emitir un informe con opinión denegada, cuando concurran circunstancias de carácter técnico que impidan la aplicación de procedimientos de auditoría para obtener evidencias de acuerdo con las normas de auditoría”*²⁹.

En los casos anteriores, cuando sean auditorías de carácter obligatorio, deberá informarse de manera razonada tanto al registro mercantil correspondiente, al domicilio social de la sociedad auditada, como al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de las circunstancias determinantes de la falta de emisión del informe o la posible renuncia para continuar con el contrato, en los tiempos y la forma que se determine en el reglamento (art.5.2 LAC).

El mencionado reglamento de auditoría de 2011³⁰ a estos efectos, subraya que se considera que existe imposibilidad absoluta para la realización del trabajo de auditoría:

1º Cuando la sociedad auditada no haga entrega al auditor de las cuentas anuales formuladas, previo requerimiento escrito. En cualquier caso, se entenderá que no se ha dado tal entrega cuando haya transcurrido más de un año desde la fecha de referencia de las citadas cuentas anuales.

2º Excepcionalmente, cuando otras circunstancias no imputables al auditor de cuentas, y distintas de las de carácter técnico, impidan la realización del trabajo de auditoría en sus aspectos claves. De manera concreta y a estos efectos, no se considerará que existe imposibilidad absoluta en la realización del trabajo de auditoría cuando el auditor de cuentas no pueda utilizar aquellos procedimientos de auditoría que sean necesarios para conseguir la evidencia de auditoría en relación con la información de las cuentas anuales, en tal caso el informe se emitirá conforme a lo dispuesto en las normas de auditoría.

²⁹ Exposición de motivos del Reglamento de Auditoría.

³⁰ Redacción que reitera el Proyecto de Reglamento de la ley de Auditoría de 2015.

La Dirección General Registro y Notariado³¹ en lo referido al depósito de las cuentas, respecto al documento presentado en el que los auditores manifiestan “no poder expresar una opinión sobre las cuentas anuales de un ejercicio en concreto, considera que, conforme a la normativa contable, pueden ser expresados 4 tipos de opiniones técnicas: favorable, con salvedades, desfavorable y denegada y que ninguna de ellas se deduce del documento aportado ya que no puede extraerse ninguna información clara en los términos expuestos, ya que se acota a la mera expresión de la ausencia de opinión sobre los aspectos auditados.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL AUDITOR

En la actualidad los procesos judiciales contra profesionales liberales han tenido un crecimiento mundial espectacular. Ello no es debido a que los profesionales sean menos diligentes en la actualidad que hace 20 años, cuando era realmente extraño demandar a un auditor u otros profesionales, sino que se debe a que los clientes son conscientes de que hay ciertos errores que no pueden quedar impunes.

El aumento de las demandas ha llevado a no pocos profesionales a verse en la obligatoriedad en la práctica, de suscribir un seguro de responsabilidad civil para que al menos las consecuencias económicas de una supuesta actuación profesional dudosa quedasen cubiertos. En la sentencia del Tribunal Supremo 444/2016 en el fundamento jurídico tercero se dice “*Aunque es cierto que al auditor no se le puede exigir que actúe conforme a la lex artis ad hoc, constituida por las normas técnicas de auditoria, para intentar evitar o al menos minimizar el riesgo de un falseamiento de la realidad de las cuentas derivado de errores o irregularidades que solo pueden provenir intraneus. Al hilo de esto, el recurso advierte que las cartas de manifestaciones no pueden derogar las exigencias contenidas en las normas técnicas de auditoria*”.

Como señalan ciertos autores el buen auditor debe: cumplir las normas de ejecución del contrato y emitir el informe; revisar el trabajo efectuado y el juicio emitido por los profesionales del equipo de trabajo de la auditoria; aceptar solamente trabajos que pueda realizar con la debida diligencia profesional estableciéndose unos máximos a la cantidad de trabajo que puede llevar a cabo el auditor de cuentas. Por último se afirma que existe un incumplimiento de los deberes profesionales del auditor, al menos en los 2 casos siguientes:

³¹ RDGRN de 29 de enero de 2013; (RJ2013, 1805), 5 de septiembre de 2013; (RJ 2013, 8274) y, 8 de enero de 2014; (RJ 2014,526).

- a) Cuando el informe de auditoría contenga errores u omisiones. Resulta indistinto que la existencia de estos fallos sea culpa de los órganos de administración o gestión de la entidad
- b) Cuando el auditor no haya detectado y puesto de manifiesto fraudes o irregularidades imputables a los gestores de la sociedad auditada y ello por cuanto supondría la omisión de una irregularidad que debió ser advertida o denunciada.

4.1 Responsabilidad frente a la entidad auditada

Tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en los derechos de nuestro entorno los auditores de cuentas responden frente a la entidad auditada de los perjuicios que hubieran podido provocar al ejercer su actividad.

Está claro que la responsabilidad que se deriva es responsabilidad contractual en el sentido más estricto de dicha expresión: una responsabilidad que tiene su fundamento en el verdadero contrato que existe entre la sociedad auditada y el auditor de cuentas. El Código Civil regula unitariamente, en sus artículos 1101 a 1107, el incumplimiento de las obligaciones con independencia de su fuente.

El art 1107 del Código Civil es aplicable íntegramente a la responsabilidad del auditor frente a la sociedad auditada.

Para que un auditor de cuentas deba responder civilmente frente a la entidad que lo contrato deben darse los presupuestos siguientes:

- i) Incumplimiento por parte del auditor de cualquiera de las obligaciones derivadas de su contrato con la entidad.
- ii) El daño a la entidad tiene que ser objetivamente imputable a la falta de cumplimiento
- iii) Imputabilidad de dicho incumplimiento al auditor; lo que como norma general exigirá que sea atribuible al dolo o culpa propios o de sus colaboradores o dependientes por los que deberá responder el agente.

Con respecto a la distribución de la carga de la prueba en el supuesto más habitual, que es el del cumplimiento defectuoso, será la sociedad auditada la encargada de probar el daño y el incumplimiento. Y, probado eso, el auditor será responsable civilmente excepto que logre probar que el defectuoso cumplimiento fue causado por una circunstancia a él no imputable, no atribuible a su organización personal y material, ni a la de sus auxiliares.

Aunque en la actualidad hay un cierto acuerdo en la calificación de dicho vínculo como arrendamiento, se difumina a la hora de determinar el tipo de arrendamiento del que se trata. Lo cierto es que la discrepancia sobre si el arrendamiento es de servicios o de obra responde a la falta de acuerdo existente en el término de obligación, de medios o de resultado, que los auditores de cuentas asumen en virtud del contrato de auditoría.

Un sector doctrinal califica el contrato de auditoría como arrendamiento de servicios y por tanto los auditores de cuentas asumen una obligación de medios, se comprometen a una prestación de hacer con la diligencia debida y siguiendo la normativa que regula la función de auditoría. El auditor, por tanto, no promete un resultado concreto, más bien, se obliga a desarrollar una actividad de revisión y verificación ya manifestar por escrito las conclusiones de la misma.

Frente a esta postura otro sector de la doctrina piensa que el contrato de auditoría constituye un arrendamiento de obra, ya que forzosamente habrá de concluir con la redacción de un informe que además, tendrá un contenido mínimo obligatorio. La emisión del informe es la prestación principal que el auditor se obliga a hacer. Constituye una obligación de resultado, por tanto, se obliga a la consecución de un resultado concreto que es la redacción del informe.

4.2 Responsabilidad frente a terceros

La responsabilidad del auditor frente a terceros (socios, acreedores, inversores...) sigue siendo uno de los puntos más polémicos en lo referido a la normativa de auditoría de cuentas. Se trata de determinar si el auditor responde de los daños sufridos por terceros como consecuencia de las decisiones de carácter patrimonial/ financiero tomadas en base a un informe erróneo de auditoría. El quid de la cuestión se da sobre todo en aquellos supuestos en los que el auditor confirma en su informe que las cuentas anuales de una sociedad en concreto ofrecen una imagen fiel del patrimonio y pasado un periodo de tiempo la entidad auditada se ve envuelta en una crisis empresarial o financiera como resultado de acontecimientos ocurridos en el periodo auditado. En este orden de cosas, surge el problema de la posible responsabilidad del auditor con los que durante el periodo de inicio de la crisis prestaron dinero a la sociedad, celebraron con ella contratos, por ejemplo, de aprovisionamiento o, incluso, adquirieron títulos basándose prácticamente en las cuentas anuales y al informe de auditoría.

La cuestión no es tanto si los auditores responden o no frente a terceros, sino la interpretación exacta del concepto “terceros”.

La Comisión Europea en 2001 realizó un estudio en la UE sobre los sistemas de responsabilidad en los diferentes ordenamientos comunitarios y destacando sobre todo las diferentes normas relativas al alcance de la responsabilidad del auditor frente a terceros. Hay que distinguir, de forma más general, a los sistemas que siguen el modelo anglosajón del *Common Law*, dentro de los cuales no se ve en la función de auditoría un interés público y por tanto el auditor sólo responde frente a la sociedad auditada y frente a aquellos terceros a los

que se dirige el informe. Sin embargo en el modelo continental, la auditoría se considera como de interés público y siendo así el auditor responde frente a la entidad auditada y frente a cualquier tercero que pudiera resultar damnificado como consecuencia de la confianza depositada en el informe de auditoría.

En el derecho inglés el auditor responde frente a terceros siempre que estos prueben que el agente tenía con ellos un deber de cuidado, que ha incumplido dicho deber y que esa ruptura les ha causado daños. En la actualidad la jurisprudencia inglesa sostiene que no son responsables aunque conozcan a las personas que van a confiar en las cuentas a menos que también sepan que esas personas van a utilizar dichas cuentas para un determinado fin. No se puede demandar a los auditores por los perjuicios padecidos por confiar en declaraciones que no fueron emitidas para aquello para lo que el usuario las ha utilizado. No obstante si el auditor tuviese conocimiento de quienes iban a utilizar las cuentas, si existiría un deber de cuidado en relación con esas personas. Esa responsabilidad no se produciría si, de acuerdo con las vicisitudes del caso concreto, tenía indicios para pensar que el usuario también usaría su propia información dada por sus propios contables y no basándose de forma exclusiva en las cuentas anuales.

En el derecho europeo continental los ordenamientos francés e italiano reconocen de manera expresa responsabilidad de los comisarios de cuentas y revisores contables, respectivamente, frente a terceros siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil.

En Francia se establece son introducir ninguna clase de limitación, que los comisarios de cuentas responden *“tanto frente a la sociedad como frente a los terceros de las consecuencias dañosas de las faltas y negligencias cometidas por ellos en el ejercicio de su funciones”*.

En Italia no se contempla limitación alguna al establecer que los sujetos encargados del control contable quedan sometidos al régimen sobre la responsabilidad de los síndicos contenido en el artículo 2407 CC y responden frente a la sociedad, los socios y los terceros por los daños derivados del incumplimiento de sus deberes.

En Alemania el auditor responde frente a cualquier tercero en caso de dolo. En los demás supuestos, los daños puramente financieros no son extracontractualmente indemnizables salvo que se deriven del incumplimiento por parte del auditor de una norma que proteja los intereses de terceros.

En nuestro país la doctrina se ha mostrado tradicionalmente dividida respecto a la responsabilidad extracontractual de los auditores de cuentas. El problema era, y sigue siendo, no la responsabilidad frente a terceros de los auditores, que nadie pone en duda a día de hoy, sino la determinación del alcance de dicha responsabilidad de los auditores frente a terceros.

Una primera posición doctrinal en nuestra legislación no reconocía de forma directa la responsabilidad de los auditores frente a terceros, por ciertos fallos en los que hubieran podido incurrir en el estudio de las cuentas anuales de la sociedad salvo el caso de las sociedades cotizadas en bolsa, emisoras de obligaciones, intermediarias financieras etc. Cuando se aprobó la LAC la auditoria solamente era obligatoria para este tipo de entidades de manera que en este pequeño ámbito, la responsabilidad frente a terceros no era cuestionable dada la contundencia de la norma. Fuera del mismo debía ser interpretado con cierta reticencia. En cualquier caso, la inexistencia de una norma específica no implica que los auditores de cuentas no se encuentren sometidos a lo dispuesto en el 1902 CC. Los auditores deberán ser declarados responsables si se demostrase el daño ocasionado en la ejecución de la obra, su culpa y la relación de causalidad. Aunque aquí se debería aumentar la rigurosidad ya que el informe es un elemento a considerar por los terceros pero ni dicho informe es el único, ni el más importante elemento de juicio utilizado por la otra parte que toma una decisión de inversión o patrimonial en la sociedad. Una excesiva confianza por parte de aquellos respecto de un informe del que no son destinatarios y a cuyo saber acceden por mera vía registral y de forma gratuita, no puede ser el detonante con exclusividad de la responsabilidad extracontractual por parte de quien lo ha realizado. El tercero es responsable de la decisión de inversión que adopta, si no considero otros factores o no solicito más información complementaria será por su propia cuenta y riesgo. No se puede hacer cargar con los perjuicios derivados de su decisión a un auditor cuyo trabajo no fue remunerado por dicho tercero y no era ni siquiera el destinatario.

Otra conocida corriente doctrinal, más minoritaria, para que el auditor responda civilmente frente a terceros, según los artículos 11.1 de la antigua LAC y 1902 del CC, deberá tratarse de *“un tercero a quien sabiéndolo el auditor al tiempo de contratar el trabajo de auditoría, o teniendo que haberlo ya deducido entonces de las negociaciones previas o del sentido y finalidad del contrato, el informe estaba destinado a ser comunicado específicamente o como miembro de un grupo delimitado de personas, al objeto de influir en el para que realizase una operación del tipo de la que le ha causado el daño cuyo resarcimiento reclama”*. Dicho de otra manera, el auditor ha de responder con los terceros identificables por el al tiempo de aceptar el encargo como destinatarios del informe de auditoría. No responde frente al resto de terceros porque al no tener deber alguno de cuidado con ellos su conducta no puede ser castigada como negligente.

Esta corriente doctrinal se apoyaría en argumentos de justicia y de eficiencia económica.

En el primer argumento, la justicia, se dice que los auditores se enfrentarían a enormes responsabilidades civiles por culpas que pueden ser muy superficiales y discutibles, sin

opciones a un derecho de repetición. Por otro lado los terceros, los que no son los destinatarios del informe, no pagan por la información en la que afirman haber confiado para comenzar la operación relativa a la compañía auditada. Si dicha operación sale bien no distribuirán beneficios con los agentes pero si sale mal reclamarán por completo las pérdidas que sufran.

Y finalmente en lo referido a la eficiencia económica no parece una buena salida convertir a los auditores en una clase de aseguradores forzosos de las inversiones realizadas en las sociedades auditadas ya que eso aminoraría la prudencia y las diligencias de acreedores e inversores tanto en la distribución del riesgo y el uso de los procedimientos contractuales de control. Por otra parte, se provocaría una reducción de la actividad en el mercado y conllevaría consigo un aumento del precio de la actividad de auditoría y el aumento en el grado de monopolización en la actividad profesional del agente al desaparecer los auditores más débiles que no pueden afrontar el coste de la responsabilidad. Lo que parece ser claro es que las posiciones jurisprudenciales, la mayor parte de los autores sostienen que en nuestra legislación no existe límite alguno en lo que se refiere a terceros frente a los que el auditor de cuentas *podría* llegar a responder. Si bien es cierto que en la última ley en su artículo 26.2 del TRLAC se expresa lo siguiente: *“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 éste 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”*.

Limitar la responsabilidad del auditor a un número restringido de terceros choca con el interés público que tanto la Unión Europea, como doctrina y jurisprudencia reconocen en la actividad de la auditoría. El que haya pocos límites o que se difumine en la redacción del precepto no quiere decir que en general que el auditor siempre vaya a haberse en la obligación de responder frente al tercero que reclame.

Para que sea responsable se debe de acreditar que se usó o dejó de usar el informe, siendo este elemento esencial y adecuado para formar el consentimiento y por supuesto no olvidarse de los presupuestos generales de la responsabilidad correspondiendo a los jueces y juzgados

competentes determinar cada caso en concreto si se han acreditado o no suficientemente tales presupuestos.

5. LIMITACIONES A LA RESPONSABILIDAD DEL AUDITOR

A pesar de la redacción originaria de Ley de Auditoría de Cuentas de 1988 donde se establecía la responsabilidad solidaria de los auditores por el daño causado al perjudicado, el desarrollo legislativo posterior ha resultado en que su responsabilidad frente al tercero dañado no tenga que ser en su totalidad, en cuanto que puede haber otros actos o hechos del perjudicado o de otros terceros que concurran en la generación de los daños producidos.

Las principales limitaciones de la responsabilidad de los auditores se introdujeron por la ley 12/2010, de 30 de junio. En primer lugar, se estableció que la responsabilidad civil de los auditores y las sociedades era exigible *“de forma proporcional a la responsabilidad directa por los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional”*. La finalidad era excluir que como decían muchas sentencias, el auditor respondiera de la totalidad de los daños y perjuicios cuando en su generación habían intervenido la propia actuación negligente del gerente o administrador o un tercero. Hay que acudir de nuevo a la práctica en lo referido a cuestiones como el incumplimiento por parte de la entidad auditada en el suministro, ya que podrá limitar la responsabilidad del auditor, sin olvidar que éste pudiera haber descubierto la información no cedida de otro modo.

En segundo lugar, se incide en el hecho de que la responsabilidad civil del auditor de cuentas *será exigible en forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por un tercero*. Todo ello sin perjuicio de las acciones de repetición que tienen los auditores.

Se exigía en virtud de la definición de tercero introducida posteriormente, como necesario para exigir responsabilidad al auditor, que pudiera considerarse el informe como una pieza esencial y apropiada para formar su consentimiento, motivar su decisión o determinar su forma de proceder. De esta manera se aumentan las posibilidades que tienen los auditores para defenderse ante las reclamaciones.

La STS de 15 de diciembre de 2010³², citando la Recomendación de la Comisión de 2008 de la Comisión Europea, ya nos dice que dichas modificaciones trataban de hacer posible

³² (RJ 2011, 1550)

conjuntamente la anterior regla general de responsabilidad con un adecuado funcionamiento del mercado de capitales y con una capacidad de auditoría que resulte sostenible con un mercado competitivo de servicios de esta naturaleza, siendo el derecho comunitario donde se preveían diferentes instrumentos de limitación de la responsabilidad para los agentes, exceptuando el supuesto en el que hayan actuado dolosamente.

Se introdujeron estas modificaciones en la ley de 2010 pero no han llegado al Tribunal Supremo recursos fundamentados en informes emitidos con posterioridad a dicha fecha.

De todas formas, hoy en día, se ha de valorar si el daño producido por el informe de auditoría podía haber sido solo una causa más que derivo en la creación del daño. El supuesto más claro es cuando a un informe, que no cumple con la normativa de auditoría y que confunde a un tercero que se relaciona con la sociedad de auditada, se le suma una inadecuada gestión por los administradores.

La STS de 2010, se plantea dicha cuestión en cuanto a los auditores y su aseguradora cuando oponen falta de litisconsorcio pasivo necesario por considerar que la demanda debería extenderse a los gestores, en el caso concreto, de la cooperativa que acabo presentando suspensión de pagos no dándose una relación de solidaridad entre los auditores y los referidos gestores.

La Audiencia Provincial consideró que los auditores habían actuado de modo antijurídico y negligente³³ y declaró probado el daño patrimonial sufrido por los actores y la legitimación de estos para reclamar la indemnización. Si bien la Audiencia Provincial negó la relación causal entre la actuación negligente de los auditores y los daños identificados en el escrito de la demanda, considerando las circunstancias concurrentes.

Dada la ausencia inicial de provisión específica, excluyendo de la responsabilidad de los auditores el perjuicio o daño causado por la propia sociedad auditada o por terceros, la STS de 2010 nos menciona la posibilidad de acciones de repetición contra otros responsables que posibilitaba una cierta aproximación de nuestro sistema de responsabilidad <<in solidum>> a ese criterio de distribución final de la deuda indemnizatoria.

³³ <<... no porque no hubieran sabido detectar y hacer constar en el informe de auditoría las graves irregularidades que se estaban produciendo en la gestión social, sino porque esa falta de detección y reflejo en el informe de auditoría fue debida a la inobservancia de las normas legales, reglamentarias y técnicas reguladoras de la labor de auditoría de cuentas en orden a que la misma, en el régimen de las sociedades cooperativas representado por la Ley General de Cooperativas, vigente cuando los hechos acaecieron, cumpliera su función de garantía de calidad y transparencia de la información contable y en orden a la puesta de manifiesto de contravenciones de la Ley o los estatutos que pudieran tener trascendencia en cuanto a la información facilitada por las cuentas anuales, así como de los hechos que pudieran representar un peligro para la situación financiera de la cooperativa>>.

En sentencias posteriores se comienza a hacer referencia al reparto proporcional de la responsabilidad y la concurrencia de culpas entre los diferentes productores del daño.

Así, la STS de 22 de diciembre de 2014³⁴, desestima el motivo del recurso de casación que estaba fundado en la incorrecta aplicación de los criterios de fijación del reparto proporcional de la responsabilidad en supuestos de concurrencia de culpas, argumentando que el tribunal de instancia no infringe esta norma, sino que cumple con ella, cuando razona en qué proporción incidió la información errónea de las cuentas de la entidad en el impago parcial de los créditos de las dos sociedades que eran demandantes, de forma más concreta en un 40%, y dentro de dicho porcentaje, que grado de participación debe atribuirse a los administradores y que porcentaje darse a los auditores (80% y 20% respectivamente en el presente caso) después de argumentar porque la responsabilidad de los administradores no excluye la de los auditores.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de diciembre de 2015³⁵, que todavía aplica el TR de la LAC 2011, ya aclaraba que la responsabilidad lo es con excepción del daño o perjuicio causado por la propia sociedad auditada o por un tercero. Dicha sentencia entonces, reconoce la posibilidad de adecuar la cuantía indemnizatoria en función de la contribución causal de cada una de las conductas concurrentes y calcula la adecuación de la responsabilidad de la sociedad objeto de auditoría con los daños causados, lo que permite atribuir a la demandada un 50% de esa responsabilidad total. Entre otros conceptos, señala el origen de la indemnización por la auditora a la demandante de los honorarios percibidos en los años que la auditoría <<dio por bueno lo que no era>> ya que no se cumplió correctamente el contrato siendo el error de tal magnitud que coadyuvó a un daño que podía haberse evadido si se hubiese actuado de una manera más diligente.

Otro supuesto de reparto de forma proporcional de la responsabilidad es la STS de 1 de julio de 2016, en la que se declara lo siguiente: << como existe una concurrencia de causas, al auditor debe imputársele no la totalidad, sino un 50% del daño, proporción en la que estimamos la incidencia de su conducta en la acusación del daño>>. El cálculo de los porcentajes no es el resultado de un razonamiento o deducción de la sentencia objeto de análisis.

Se libera de responsabilidad a los auditores cuando la fecha del informe de auditoría es posterior a la decisión adoptada en base al mismo. Como ejemplo en la jurisprudencia tenemos la STS de 27 de mayo de 2009, que rechaza el recurso de apelación, entre otros

³⁴ (RJ 2014, 6885)

³⁵ (JUR 2015,255595)

motivos, por el hecho de que las nuevas aportaciones de los demandantes, como consecuencia de la Junta General de 21 de Abril de 1993, se realizaron con anterioridad del informe de auditoría emitido el 6 de junio de 1994.

También tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 13 de mayo de 2008³⁶ que establece que: *<<si los terceros no han conocido los informes de auditoría no se produce la relación de causalidad alguna entre el informe de auditoría defectuoso y el quebranto patrimonial sufrido por el tercero (...) la fecha de emisión del informe de auditoría es a estos efectos irrelevante, pues dicho informe es entregado únicamente al órgano de administración de la sociedad auditada. Lo relevante, como se ha dicho, es el momento en que llega a conocimiento de un tercero>>*.

No puede liberarse el auditor de su responsabilidad en los supuestos en que externalice alguna de las funciones de auditoría ya que esto no afectará a la responsabilidad asumida por la sociedad de auditoría o por el auditor legal frente a la entidad auditada.

Para finalizar, puede incidir en la limitación o no de la responsabilidad las consecuencias de las condenas que se tengan en sede penal respecto a las demandas civiles que se den conjuntamente. Por norma general, las sentencias condenatorias penales que resuelven el problema civil tienen carácter vinculante para dicho orden jurisdiccional no solo en cuanto a los hechos probados sino también en relación a las decisiones en materia de responsabilidad civil.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 2012 de 7 de junio, nos señala que cuando constituya objeto del proceso penal un comportamiento atribuido a una persona no tiene sentido hablar en sentido estricto de cosa juzgada cuando, como sucedía en el caso referido, han sido distintas las conductas enjuiciadas en los procesos penal y civil y las personas a las que las mismas se atribuyen en cada uno de los órdenes. A pesar de eso y entendiendo que se puede llegar a una solución opuesta al principio de la seguridad jurídica por la contradicción de ambas decisiones cuando se conoce de un mismo asunto, a lo referido anteriormente se añadió:

1º) Aunque el daño patrimonial causado a los demandantes por la falta de diligencia de los auditores (demandados) sea idéntico que el que, por la realización de una diferente conducta, les produjo la persona condenada por la Audiencia Nacional, no se aprecia contradicción alguna entre ambas sentencias confrontadas por el hecho de que el órgano jurisdiccional civil hubiera ampliado la lista de personas obligadas a indemnizar, al incluir en ella a los demandados, ya que se trataría de personas a las que se les imputan unas conductas causales diferentes y no enjuiciadas en el proceso penal.

³⁶ (JUR 2008, 224354)

2º) El derecho de crédito reconocido a los demandantes por el cual ser indemnizados por los condenados en el proceso penal, como responsables civiles, directos y subsidiarios, no consta satisfecho. En la sentencia penal se determina que la medida de la indemnización no se establecerá hasta la fase de ejecución³⁷.

6. ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Tal como establece el artículo 8 de la ley 22/2015, es condición para ejercer la auditoría de cuentas el prestar la garantía financiera³⁸ que puede realizarse por medio del depósito en efectivo, aval de entidad financiera, títulos de deuda pública o seguro de responsabilidad civil o caución.

La ley 22/2015 determina en su artículo 27 lo siguiente:

- 1. Sin perjuicio de la responsabilidad civil regulada en el artículo anterior, para responder de los daños y perjuicios que pudieran causar en el ejercicio de su actividad, los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría de cuentas estarán obligados a prestar garantía financiera.*
- 2. La garantía financiera podrá prestarse mediante depósito en efectivo, títulos de deuda pública, aval de entidad financiera o seguro de responsabilidad civil o de caución, por la cuantía y en la forma que establezca el Ministerio de Economía y Competitividad. La cuantía, en todo caso, será proporcional a su volumen de negocio.*
- 3. Reglamentariamente se fijarán, además del importe de la garantía financiera para el primer año de ejercicio de la actividad, los elementos esenciales que resulten necesarios para garantizar su suficiencia y vigencia a efectos de cumplir su finalidad.*

³⁷ Por último añade el TS, que aunque la sentencia penal mande compensar el crédito de los numerosos perjudicados con las supuestas deudas de los mismos a favor de PSV y aunque la sentencia aquí recurrida, no mencione esa operación de recíproca neutralización de créditos al fijar la medida del daño a cuya indemnización tienen derecho los ahora recurrentes, no cabe afirmar la existencia de contradicción, dado que la resolución del orden jurisdiccional penal no ofrece datos suficientes para tener por cierto que condicionó la identificación del daño al resultado de tal compensación y que no se limitó a aplicar *ex lege* tal operación a dos recíprocos acreedores por razones puramente relativas.

³⁸ Obligación que se extiende entre determinados profesionales, si bien es cierto que en el caso de los auditores no se cuenta con el desarrollo reglamentario adecuado.

Artículo que estaba así ya previsto en el proyecto de Ley de Auditoría de Cuentas, con excepción del apartado 3, que sí se incluyó en el texto del Proyecto aprobado por la Cámara Baja y remitido más tarde a la Cámara Alta.

En el artículo 55 del Real Decreto de auditoría se refleja que:

1. [...] *La fianza constituida deberá ser suficiente y, en su caso, actualizarse para responder en cada momento por el límite exigido en los apartados 2 y 3 siguientes, y deberá mantenerse durante el plazo en el que pueda ejercitarse la acción de responsabilidad. En el caso de cese de la actividad de auditoría de cuentas, el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría deberá mantener asimismo durante el citado plazo la fianza constituida, pudiendo solicitarse la devolución de la misma una vez transcurrido dicho plazo.*

2. *La fianza como ya expuse anteriormente para el primer año de actividad, que tendrá carácter de mínima en los sucesivos, en el supuesto de las personas físicas será de 3000.000 euros. Dicha cuantía, en el caso de las sociedades de auditoría, se multiplicara por cada uno de los socios de la misma, sean o no auditores de cuentas, y auditores de cuentas designados para firmar informes de auditoría en nombre de la sociedad, teniendo, asimismo, el carácter de mínima en los años sucesivos.*

3. *Una vez transcurrido el primer año de la actividad, la fianza mínima a que se refiere el apartado anterior se incrementara en un 30 por ciento de la facturación que exceda de la cuantía equivalente a la de dicha fianza mínima y que corresponda a la actividad de auditoría de cuentas del ejercicio anterior.*

4. *En el caso de que la fianza se constituya mediante póliza de seguro de responsabilidad civil, individual o colectiva, en cuyo caso se aportará el correspondiente certificado individual de seguro, este deberá cubrir específicamente la responsabilidad civil tal y como se define en el artículo 22 del TRLAC.*

La cobertura deberá realizarse de forma individualizada para cada asegurado y para el ejercicio de la actividad de auditoría de cuentas, sin que sean admisibles cláusulas que determinen una cobertura inferior al límite que resulte de aplicación de los apartados 2 y 3 anteriores para cada siniestro con independencia de que de forma conjunta se cubra dicho límite.

En cuanto a la limitación legal de la responsabilidad civil del auditor en el contrato³⁹, es sugerida por algunos sectores, entre otras razones, para poder hacer asegurable dicha responsabilidad, pero esto es criticado.

El agente puede estar cubierto bien por una póliza personal, por la póliza que tenga suscrita su sociedad de auditoría, o una póliza correspondiente a un colectivo, como puede ser el

³⁹ Como señala J. GUTIÉRREZ GILSANZ “La responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros”, vol.2, Madrid, Marcial Pons, pág 794 “la mayoría de la doctrina académica considera nula cualquier cláusula que exonere o limite cuantitativamente o cualitativamente la responsabilidad de los auditores o sociedades de auditoría. Si bien es cierto que autores como F. PANTALEÓN PRIETO “La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción, Madrid, Civitas, págs. 31-52 lo consideran válida.

Consejo General de Economistas, el Ilustre Colegio de Titulados Mercantiles y Empresariales de España o el Instituto de Censores Jurados de Cuentas⁴⁰.

Es recomendable que dicha póliza cubra la inhabilitación para la práctica profesional, las sanciones administrativas establecidas por el ICAC, y contenga la actividad de elaboración de informes que no se corresponden en todo su alcance con un informe de auditoría de cuentas, pero que son elaborados en calidad de auditor y siendo así, guardan una conexión con la actividad de auditoría.

También es aconsejable que se cubra a los auditores nombrados por la sociedad para realizar la actividad, a los socios de la mercantil, los empleados vinculados a los ejercientes o sociedades unipersonales por cuestión de dependencia laboral, así como personas de las que tengan que responder en el ejercicio de la actividad, también a los becarios y pasantes, aunque no haya una relación de dependencia laboral con el mismo, y mientras trabajen siguiendo instrucciones del auditor.

No podemos pasar por alto que la normativa que hemos analizado nos da el límite mínimo obligatorio que las personas físicas y sociedades deben de tener cubiertos, si bien, cabe pensar de forma lógica, que es posible pedir el aseguramiento por un límite mayor al previsto en la regulación dependiendo como no, del riesgo asumido.

7. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

El artículo 26.4 de la LAC dictamina, desde la ley de 2010, de 30 de junio, que “*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*”. Este plazo de prescripción también se recogía en el art. 22.4 del texto Refundido LAC de 2011⁴¹ y venía a sustituir, para el ejercicio de acciones de *responsabilidad contractual*, la aplicación del plazo de quince años.

⁴⁰ Con independencia de que pudiera otra póliza colectiva (por ejemplo de asesores fiscales) o individual que cubra su actuación profesional, aquí nos referimos a la póliza que ampara su actividad como auditor de cuentas, bajo la sombra de la Ley 22/2015.

⁴¹ La STS de 1 de julio de 2016 (RJ, 2016,2912) aclaró que en el caso de reclamaciones por informes de auditoría realizados con anterioridad a TRLAC 2011, no conteniendo esta norma ninguna disposición transitoria, debía aplicarse el artículo 1939 del Código Civil, considerando que el nuevo plazo de prescripción de 4 años debía computarse desde la entrada en vigor de dicho texto refundido y no desde la fecha de los informes que en el caso concreto eran de 2005 y 2006.

Frente a esta posibilidad por responsabilidad contractual, en las acciones de responsabilidad extracontractual, entre otras, la acción de responsabilidad llevada a cabo por los socios, a los que se considera como terceros, no tiene naturaleza contractual sino extracontractual, no habilitando así de este modo que pudieran resarcir sus daños y perjuicios mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad, y dando por hecho entonces, que estaba sujeta al plazo de prescripción anual del artículo 1968.2 del Código Civil⁴². Determina por tanto la STS que, en los casos en los que no concurren los presupuestos de legitimación establecidos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en la LSA, la reclamación hecha por los socios contra los auditores en defensa de sus intereses tiene carácter extracontractual, ya que quien ejercita y lleva a cabo la acción es un sujeto diferente de la sociedad que es parte en el contrato que se celebró con los auditores.

Una de las grandes cuestiones a resolver con esta reforma fue en lo relativo a su entrada en vigor, la STS 3140/2016, de 1 de julio en su fundamento jurídico 2º y 3º, se refiere a la cuestión en los siguientes términos:

“El recurrente denuncia que el art 22.4 LAC no puede ser de aplicación, pues la reclamación de responsabilidad se debía de amparar por la normativa vigente al tiempo en el que se emitieron los informes de auditoría, tiempos en los que por no existir un plazo legal especial, se aplicaba de forma genérica el recogido en el artículo 1964 del Código Civil, de 15 años. En todo caso el plazo de prescripción debía comenzar a computarse en el momento en que podía atribuirse al titular de la acción la carga de reclamar o accionar, pues de otro modo la institución (la prescripción) pierde toda su finalidad.

Se procedió a estimar el motivo por las siguientes razones que el tribunal expuso:

1. El régimen aplicable al auditor y a la sociedad de auditoría es el vigente al tiempo de realizar su trabajo, en este caso el previsto en el art 11 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas en la versión dada por la ley 44/2002, de 22 de diciembre.

Esta norma no tenía previsto ningún plazo de prescripción para el ejercicio de la acción, por lo que se regía por el plazo general del Código Civil previsto en el 1964, que por aquel entonces era de 15 años.

⁴² La sentencia de 27 de mayo de 2009 concreta que la entonces LSA se remitía, en orden a la legitimación para exigir responsabilidad de los auditores, a lo establecido en dicha ley respecto a la responsabilidad de los administradores sociales, la STS de 27 de mayo de 2009 aclaró que dicha remisión se refiere únicamente a la legitimación para exigir responsabilidad a los auditores, por lo cual a esta responsabilidad no le es aplicable el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones encaminadas a exigir responsabilidad de los administradores. Por lo que determina que el plazo de prescripción aplicable en este caso es el establecido con carácter general para el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil *extracontractual*, no siendo aplicable el artículo 949 del Código de Comercio, ni el artículo 1964 del Código Civil, sino el artículo 1968.2 del Código Civil prescribiendo por tanto en el plazo de 1 año

El Real Decreto Legislativo 1/2011 aprobó el Texto Refundido de la Ley de Auditoría. Esta ley contenía una previsión específica que regulaba la responsabilidad civil de las sociedades de auditoría y del socio auditor en su artículo 22.4 que decía lo siguiente:

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

Este precepto entró en vigor después de que se hubieran emitido los informes correspondientes a los ejercicios 2005 a 2009, pero antes de que se ejercitara la acción. El Real Decreto Legislativo no contiene ninguna disposición transitoria relativa al plazo de prescripción de 4 años introducido en el actual art. 22.4. En ausencia de norma transitoria específica deben regir las generales del Código Civil. El TS lo razona de la siguiente forma:

Si la reforma ha supuesto reducir el plazo de prescripción a 4 años, lógicamente, su aplicación retroactiva no puede suponer, en la práctica y respecto de las acciones pendientes de ejercicio, una ampliación ni tampoco puede legitimar el ejercicio de las acciones ya prescritas por aplicación del anterior plazo de 15 años. Pero fuera de estos casos, el nuevo plazo debe computarse desde su entrada en vigor y no desde la fecha del informe. Si se hiciese de otro modo se privaría a la sociedad en un caso como el presente, de la acción con respecto del informe de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2005, pues a la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 2/2011, ya se había cumplido los 4 años desde que se emitió el informe”.

CONCLUSIONES

Como conclusiones de este Trabajo de Fin de Grado procederé a realizar un breve resumen de lo más importante y que hay que tener siempre presente a la hora de tratar los aspectos relativos al tema de la responsabilidad civil de los auditores.

1°. Es complejo separar la responsabilidad civil contractual de la extracontractual en los casos de responsabilidad profesional y uno de los puntos más controvertidos como consecuencia de lo anterior es la responsabilidad extracontractual de los auditores frente a los terceros.

2°. Hay 2 posturas doctrinales enfrentadas en lo referido a la responsabilidad civil extracontractual del auditor con los terceros. Por un lado, hay quienes abogan en la dirección de que el auditor solo responderá frente al tercero destinatario del informe, establecido previamente por el auditor en el momento de aceptar el trabajo, y quienes defienden aplicar sin limitaciones las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual. El concepto que fija la ley de tercero es el de persona física o jurídica, pública o privada, que pruebe que actuó o dejó de actuar tomando como referencia el informe. El concepto que el TS considera incluye a inversores, cooperativistas, acreedores o accionistas, es más amplio por tanto.

3°. La obligación del auditor no es descubrir todos los errores o incorrecciones que puedan haber cometido los administradores, sino solamente los que con arreglo a una adecuada ejecución de sus servicios y prestaciones profesionales deberían haber descubierto. El TS entiende que el auditor no es el último vigilante o garante de la información económico-financiera de la empresa que ha sido objeto de auditoría

4°. Se le exige que actúe conforme a las Normas Técnicas de Auditoría y con diligencia siguiendo los usos de la profesión y las NIA para evitar el falseamiento considerando que hay casos de negligencia si no cumple sus deberes adecuadamente, por ejemplo, si se emite el informe con defectos, hay un retraso en la emisión del mismo o no se observan las Normas Técnicas de Auditoría.

5°. La responsabilidad del auditor es directa y proporcional. Directa porque se exige para que haya dicha responsabilidad que haya un nexo de causalidad directo entre el perjuicio causado y la actividad llevada a cabo por el auditor. Y proporcional porque se pretende trasladar a la responsabilidad las obligaciones que tiene cada una de las personas que intervienen en la elaboración, aprobación y auditoría de las cuentas anuales.

6° Los principales deberes del auditor son:

- Cumplir las normas de auditoría

- Independencia que se considera fundamental y es el principal objetivo a lograr
- Secreto profesional
- Conservación y custodia de la documentación de cada auditoría
- Emitir el informe conforme a la información obtenida y requerir la información necesaria para su elaboración
- Aceptar solamente aquellos encargos que pueda realizar con profesionalidad y de manera diligente y revisar el trabajo y juicio emitido por los profesionales de su equipo.

7°. Y ya como colofón de este listado de conclusiones, una pequeña referencia a la acción de responsabilidad y su plazo de prescripción.

Para exigir la responsabilidad contractual del auditor o de la sociedad el plazo es de 4 años, a contar desde la fecha en la que se emitió el informe. Para la acción de responsabilidad extracontractual el plazo general de la responsabilidad extracontractual, es decir, 1 año y su cómputo será desde la fecha en la que el tercero dañado tiene conocimiento no del informe, sino de los fallos que contiene.

Bibliografía y Webgrafía

-PANTALEÓN, Fernando. *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*. Madrid: Civitas, 1996.

-OTERO CRESPO, Marta. *Responsabilidad civil del auditor de cuentas*. Pamplona: Aranzadi, 2013.

-GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier. *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*. Madrid: La ley (grupo Wolters Kluwer), 2007.

-MUÑOZ VILLARREAL, Alberto. *La responsabilidad civil de los auditores de cuentas*. Madrid: Sepin, 2017.

- JORDÁ GARCÍA, Rafael. *Régimen legal de la actividad de auditoría en España*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2019.

<http://auditoria-auditores.com/articulos/articulo-auditoria-responsabilidad-civil-de-los-auditores.-luces-y-sombras/>

<https://www.economista.es/legislacion/noticias/7645776/06/16/Entran-en-vigor-la-Directiva-europea-y-la-Ley-de-Auditoria--.html>

<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:162:0039:0040:ES:PDF>

<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10375-contenido-y-novedades-de-la-ley-22-2015-de-20-de-julio-de-auditoria-de-cuentas/>

<https://elderecho.com/la-responsabilidad-civil-del-auditor-de-cuentas-en-la-reciente-jurisprudencia-de-la-sala-primera-del-tribunal-supremo>

<https://muchosensayos.com/responsabilidades-y-objetivos-de-auditoria/>

