

MATERIALES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TERCEROS DE CONFIANZA: PERSPECTIVA DESDE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE AUDITORES Y DE LAS AGENCIAS DE *RATING* Y LA TEORÍA DE LAS *FLOOD GATES*

José Manuel Busto Lago

Catedrático de Derecho civil

Universidad de A Coruña

Recepción: 27 de junio de 2014

Aprobado por el Consejo de redacción: 4 de septiembre de 2014

RESUMEN: El estudio parte de la premisa de conformidad con la cual es posible la imputación de responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de daños ocasionados a terceros que adoptaron determinadas decisiones (v.gr., inversiones, mantenimiento de inversiones o de participaciones en sociedades, concesión de créditos etc.) amparándose en la confianza legítima generada por informaciones relevantes comunicadas por determinados profesionales (en particular, auditores y agencias de calificación crediticia). Se expone el régimen jurídico de este ámbito de la responsabilidad civil y la necesidad de establecer determinados límites con arreglo a la teoría de las «flood gates». En particular, se expone la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS en materia de responsabilidad civil de auditores de cuentas, así como el régimen de responsabilidad civil de las agencias de calificación crediticia que resulta de las previsiones del Reglamento (UE) 462/2013, de 21 de mayo y los criterios asumidos por la jurisprudencia en este ámbito.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil extracontractual, auditores de cuentas, agencias de rating, teoría de las «flood gates», daños a terceros, terceros de confianza, limitación de la responsabilidad civil extracontractual.

ABSTRACT: This paper stresses the idea that those who gave advice on financial investments, financial products acquisitions, credit granting, etc. is could be considered liable under the Spanish tort law when damage is caused as a result of the reliance of customers on their professional judgement. The legal rules that govern this kind of civil liability as well as the necessity of limiting it according to the flood gates theory are also exposed. Particularly, the paper deals with the Spanish case-law regarding civil liability of auditors and rating agencies, which is currently ruled by Regulation (UE) 462/2013.

KEYWORDS: Tort law, auditors, rating agencies, flood gates theory, damages to third parties, scope of tort law.

SUMARIO. I. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO.- II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL COMO MECANISMO GENERAL DE TUTELA DE DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS.- III. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y LESIÓN DE DERECHOS DE TERCEROS: LAS ENSEÑANZAS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES DE CUENTAS: 1. El régimen de responsabilidad civil de los auditores de cuentas.- 2. La responsabilidad contractual del auditor frente a la sociedad auditada.- 2.1. La responsabilidad del auditor o de la sociedad de auditoría sometida a las reglas de responsabilidad profesional propia del servicio de auditoría.- 2.2. El caso «Grupo Torras» (daños a la auditada y a sus socios o accionistas).- 3. La responsabilidad civil extracontractual del auditor frente a terceros perjudicados por su conducta ¿Apertura de esclusas –SSTS «Euskal Air» y «PSV, Cooperativa»-?.- 3.1. Planteamiento del supuesto: premisas sobre la función del informe de auditoría.- 3.2. El caso «Euskal Air» (los acreedores de la auditada).- 3.3. Casos «Promoción Social de Viviendas, S.C.» (acreedores de la S.C. auditada).- 3.4. Caso «XM Patrimonios» (los inversores de la auditada).- 4. Los riesgos de desbordamiento del sistema y la teoría de las «flood gates».- 4.1. Planteamiento de la cuestión.- 4.2. Las recomendaciones de la U.E. sobre la limitación de la responsabilidad civil de los auditores.- IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS AGENCIAS DE CALIFICACIÓN CREDITICIA (AGENCIAS DE «RATING»).- 1. Aproximación al régimen de responsabilidad civil de las agencias de rating.- 2. Los criterios de imputación de la responsabilidad civil.- 3. La cuantificación de los daños y perjuicios resarcibles.

1. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO

Tras el advenimiento de la crisis económica y financiera que ha afectado con particular intensidad a los Estados que forman parte de la UE y a los USA –cuyo inicio suele fijarse en la fecha de la quiebra del banco de inversiones «Lehman Brothers»–, como consecuencia de la pérdida de valor de algunas inversiones realizadas en determinados productos –que, en algunos casos, alcanzo el total de la inversión–, bien productos financieros y de inversión de las propias entidades bancarias o de crédito o bien emitidos por otras entidades mercantiles y adquiridos a través de la actividad de intermediación financiera de éstas, han sido muy numerosas las reclamaciones que, con diversos fundamentos, se han formulado por inversores frente a las referidas entidades de crédito, sin que, con carácter general, se haya cuestionado la responsabilidad civil en que pudieran haber incurrido en estos supuestos las agencias de calificación crediticia o los supervisores nacionales de los mercados financieros. Para ilustrar esta afirmación pensemos en los casos paradigmáticos de los bonos estructurados y otros productos financieros, más o menos complejos, emitidos por bancos y entidades financieras y de inversión como «Lehman Brothers», «Madoff» o los tres principales bancos comerciales islandeses hasta el último cuatrimestre de 2008 («Glitnir», «Landsbanki» y «Kaupthing»), respecto de las que las tres agencias de «rating» que ejercen una posición de dominio a nivel mundial («Moody's», «Standard & Poor's» y «Fitch») mantuvieron la máxima calificación hasta el día inmediato anterior a su quiebra.

La posibilidad de imputar responsabilidad extracontractual a terceros ajenos al contrato por los daños puramente económicos padecidos por los acreedores e inversores, como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito por un hecho imputable a los referidos terceros –no deudores contractuales– constituye un mecanismo de tutela cuya

eficacia y alcance debe tomarse en consideración estos supuestos¹. En esencia, se trata de utilizar este mecanismo de tutela general de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos en orden a resarcir daños puramente económicos padecidos por acreedores como consecuencia de actuaciones negligentes imputables a terceros cuya actividad profesional consiste en la generación de confianza en el mercado de productos financieros o de crédito². A estos profesionales los podemos denominar genéricamente «terceros de confianza» y los más significativos son las agencias de calificación crediticia, los auditores de cuentas y los profesionales de la tasación inmobiliaria (sobre estos últimos, resulta ilustrativa la STS 478/2013, de 18 julio [RJ 2013\5532] que viene a enmendar desatinos de la precedente STS 108/2008, 6 febrero [RJ 2008\5490]³).

En el último lustro, en España, la Sala de lo Civil del TS ha tenido la oportunidad de examinar algo una decena de asuntos en los que se ventilaba la responsabilidad extracontractual de un deudor contractual (profesional: tasador inmobiliario, auditor) como consecuencia de daños puramente económicos ocasionados a terceros ajenos a la relación contractual, en su condición de acreedores, inversores o concedentes de crédito al acreedor contractual (en el caso de los auditores, también los propios socios de la auditada –v.gr., SSTS de mayo 2009 [RJ 2009\3044] «Seguros Kairos» y 558/2012, de 3 octubre [RJ 2012\6697] «Grupo Torras»–), que actuaron confiados en el cumplimiento de los deberes contractuales por el deudor y a cuyo incumplimiento de sus deberes contractuales –al margen de que el incumplimiento de la «*lex artis*» de la respectiva actividad profesional pueda generar responsabilidad contractual frente al acreedor de la prestación– pueden imputarse causalmente los daños cuyo resarcimiento pretenden conforme a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual y atendiendo a los criterios propios de la imputación objetiva.

En el ámbito de la responsabilidad civil de los auditores y sociedades de auditoría el TS ha adoptado los criterios de causalidad jurídica, atendiendo a los conocidos criterios

-
- 1 Sobre la categoría del daño puramente económico, vid. BUSSANI, M. y PALMER, V. V. (Edits.): *Pure Economic Loss in Europe*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2003. En la doctrina española, puede verse, FRADES DE LA FUENTE, E.: *La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes* (Prólogo de M. YZQUIERDO TOL-SADA), Ed. Dykinson, Madrid, 1999, especialmente las pp. 51 a 60; DEL OLMO GARCÍA, P.: «Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas», *ADC*, T. 54-1, enero – marzo de 2001, pp. 257 a 368; GÓMEZ POMAR, F. y RUIZ GARCÍA, J. A.: «La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del Derecho», en *InDret*, 15 de octubre de 2002; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, T.: «El tercero de confianza en el suministro de información. Propuesta de un modelo contractual para la sociedad de la información», *ADC*, T. 63-3, 2010, pp. 1245 a 184.
 - 2 Puede verse mi estudio «La responsabilidad civil por incitar a la contratación de productos financieros, de inversión y bancarios no deseados (Ensayo sobre la responsabilidad civil como instrumento de protección de consumidores, clientes minoristas e inversores)», en *Derecho de Daños 2013* (M. J. HERRADOR GUARDIA, Ed.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 467 a 544.
 - 3 Sobre la argumentación jurídica de esta STS puede verse mi «Comentario de la STS (Sala 1ª) de 6 de febrero de 2008 [RJ 2008, 5490] (Responsabilidad civil de las entidades de tasación en el mercado hipotecario. Daños causados a la entidad prestamista por negligente peritación de bienes inmuebles realizada por una entidad de tasación en orden a la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria. Inexistencia de responsabilidad civil de la tasadora en cuanto que la pericia fue realizada a instancia del prestatario y asumida por la entidad prestamista actora: Ausencia de daño y de relación de causalidad)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 79, enero/abril de 2009 (§.2089), pp. 93 a 108.

de imputación objetiva del daño, valorando si el daño cuyo resarcimiento se pretende se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente. En particular se acude al criterio representado por el fin de protección de la norma –de cuidado– que regula la actividad de auditoría de cuentas (criterio de imputación objetiva recogido, *v.gr.*, en el art. 3:201.e PETL). Desde luego, la finalidad prístina de la auditoría de cuentas radica en la tutela del derecho de información de los socios y la emisión consciente por éstos del voto de las cuentas sociales, previamente auditadas; pero para determinar la imputación objetiva de los daños que pueda causar un informe de auditoría defectuosamente realizado a terceros ajenos al contrato de auditoría es necesario contestar la pregunta de si la protección extracontractual de la confianza creada en terceros por el informe de auditoría es también un fin de protección de la norma. La respuesta dada a esta pregunta por la STS de 9 octubre 2008 [RJ 2008\6042] – caso «XM Patrimonios»– fue negativa, argumentando que el daño causado por la negligencia del auditor queda fuera de la protección de la normativa a cuya infracción se vincula, en tanto que no alcanza a prevenir los perjuicios sufridos por los inversores –actores– por el hecho de que los órganos de supervisión no pudieran actuar tempestivamente a efectos de impedir las inversiones realizadas. Distinta fue la respuesta dada en el caso resuelto por la STS de 5 marzo 2009 [RJ 2009\1631] – caso «Euskal Air»–, en tanto que en ella el TS sí consideró que el informe de auditoría tiene, entre sus funciones y fines propios, evitar el riesgo de terceros de sufrir perjuicios, derivados de inversiones realizadas o de la abstención de adoptar tempestivamente medidas que impidan o amortigüen determinados daños, como consecuencia de los errores que contenga. En consecuencia, el fin de protección de la norma es tanto la protección de la entidad auditada, como de los intereses de sus socios y de cualquier tercero que actúe confiando en el informe de auditoría (así resulta del art. 22 TRLAC). El TS omite el requisito del conocimiento o cognoscibilidad de los posibles perjudicados y del análisis de la previsibilidad del daño en términos objetivos (a diferencia del art. 3.201.ª PETL) para imputar objetivamente la responsabilidad civil extracontractual al auditor o a la sociedad de auditoría.

En el caso de las agencias de calificación crediticia –agencias de «rating»–, la aplicación de las normas de responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de protección de los inversores y de los concedentes de crédito en los supuestos en los que sus decisiones de contenido económico hayan venido motivadas o, simplemente, avaladas por informaciones erróneas o inexactas facilitadas por aquéllas no debe cuestionarse [ha de tenerse en cuenta el art. 35.bis del Reglamento (UE) 462/2013, de 21 de mayo⁴]. Por razones de eficiencia y de operatividad son los propios emisores de productos financieros y de inversión quienes solicitan su calificación, siendo esta pública, lo que permite alcanzar la finalidad perseguida con un coste menor a causa del aprovechamiento de las economías de escala asociadas a la difusión de la información. Así las cosas, el inversor o concedente de crédito resulta ser un tercero respecto de la agencia de calificación crediticia. Ordinariamente se ha considerado que el problema mayor que se plantea, en abstracto, para imputar la responsabilidad civil

4 DOUE de 31 de mayo de 2013, L 146/1.

derivada de un daño puramente económico derivado de una inversión frustrada, a una agencia de «rating» que haya calificado la solvencia de un determinado producto o emisor, de manera errónea o negligente –derivada de una incorrecta recopilación, interpretación y/o suministro de la información–, induciendo al inversor a tomar una decisión equivocada, motivada o avalada por la calificación favorable recibida por el producto o por el emisor –y en carácter suficiente, correcto y veraz de esta calificación–, radica en la concurrencia de la relación de causalidad. La Sentencia del Tribunal Federal de Australia de 5 noviembre 2012 estimó la responsabilidad extracontractual de «Standard & Poor's» que dio la máxima calificación crediticia a unos valores comercializados por «ABN Amro», cuyos rendimientos o pérdidas estaban en función de la evolución que siguieran unos índices de intercambio de seguros de crédito. El fundamento de la estimación de la responsabilidad de la agencia de «rating» radica en el hecho de que realizó manifestaciones engañosas, en tanto que no aplicó un modelo propio para la estimación de las pérdidas, sino uno propuesto por el propio banco, induciendo a los inversores a tomar una decisión económica –la compra de los valores– que determinó, a la postre, importantes pérdidas para éstos (trece municipios australianos) equivalentes al 93% de la inversión, dos años después de haberla realizado.

En el Derecho español, cada vez con mayor frecuencia, se argumenta que la consulta de las calificaciones crediticias o las conclusiones realizadas por las agencias de calificación de riesgo, como entidades especializadas, es el parámetro de diligencia exigible a las entidades mercantiles que celebran contratos de depósitos de valores y de administración de éstos, de manera que si en el momento de la contratación tales agencias no advertían de situación alguna que indujera a sospechar que se trataba de una situación de riesgo, no puede imputárseles negligencia alguna. Frecuentemente los Tribunales españoles consideran que la calificación de la solvencia de las entidades emisoras de los productos de inversión no es un riesgo previsible de la inversión (v.gr., SSAP Sevilla, Secc. 5ª, de 19 noviembre 2012 [JUR 2013\145808]; Asturias, Secc. 7ª, de 21 marzo 2012 [JUR 2012\139697]).

Pues bien, es a propósito de la imputación causal del daño padecido por el inversor que confía en la información suministrada por la agencia de «rating» donde adquiere virtualidad la doctrina de la imputación objetiva en la forma en la que el TS la ha aplicado en materia de responsabilidad civil de los auditores y respecto de la que presenta un especial significado el alcance de la confianza generada en los terceros inversores por las calificaciones crediticias realizadas. Tanto el papel de terceros de confianza que, con carácter general, tienen las agencias de «rating» en los mercados financieros; como especialmente el que desempeñan en los mercados de activos calificados –es el caso paradigmático de los mercados de fondos de titulación hipotecaria (FTH) –, determinan que atendiendo al principio de protección de las normas que regulan su actuación, el hecho que ofrezcan calificaciones fraudulentas, falsas, erróneas o negligentes, permite imputarles objetivamente el daño puramente económico que haya experimentado el inversor cuya decisión vino motivada por la calificación del producto o del emisor realizada. A estos efectos es obvio que adquirirá una especial relevancia la consolidación del criterio asumido en los PETL y en determinados sectores de la doctrina, de conformidad con el cual, a efectos de considerar probada la concurrencia

de la causalidad empírica, junto con la indudable –en este caso– de la imputación objetiva, atendiendo al criterio del fin de protección de la norma de cuidado, es suficiente con acreditar un determinado porcentaje de probabilidad, partiendo de la equiparación de la causalidad probable con la causalidad completa.

La extensión de la responsabilidad civil de los sujetos que genéricamente he denominado terceros de confianza a inversores o a acreedores de las sociedades, con independencia de que tengan una relación contractual con éstas y a la que son ajenos los perjudicados, presenta el riesgo cierto del desbordamiento del sistema de responsabilidad civil, consecuencia de la apertura sucesiva de esclusas tras las que aparecen nuevos sujetos que pretendan imputar sus daños económicos a la actuación de aquellos terceros. La toma en consideración de esta circunstancia ha llevado a la doctrina a plantear la cuestión de si ¿la previsibilidad del daño es suficiente, «*per se*», para abrir las compuertas del sistema?⁵ Para contestar adecuadamente a esta pregunta ha de tenerse en cuenta también una circunstancia que se encuentra fuera del ámbito de control de los terceros de confianza (especialmente en el caso de auditores y de agencias de calificación) y que radica en la volatilidad de los mercados, lo que supone un notable incremento del riesgo asumido por éstos en la realización de su actividad profesional. Por otra parte, la apertura de esclusas supone un notable incremento de la dificultad del aseguramiento de esta actividad profesional, habida cuenta de los ingentes daños que pueden ser objeto de cobertura, con el consiguiente incremento de las primas. Esta última consecuencia supone, a su vez, expulsar del mercado a las sociedades profesionales de reducido tamaño, que no puedan hacer frente al pago de las primas de los seguros de responsabilidad civil o simplemente no puedan asegurar su responsabilidad civil, con la consiguiente reducción de la competencia.

La única conducta razonable y eficiente del inversor o del concedente de crédito consiste en la confianza en el funcionamiento regular de los sistemas de control y de supervisión, de manera que el Ordenamiento jurídico debe proteger una confianza razonablemente fundada en el adecuado funcionamiento de aquellos sistemas y, en particular, de los informes de auditoría, de los informes de tasación y de las calificaciones de crédito o de solvencia. En cuanto a los diques de contención del sistema éstos han de vincularse a los supuestos de concurrencia de culpa de los perjudicados –en aplicación del principio de protección diligente de los propios intereses–, que determina la posibilidad de exonerar de responsabilidad civil al tercero de confianza en los tres supuestos que siguen: 1) El perjudicado confió exclusivamente en el informe del tercero, existiendo otros medios de información a los que pudo acudir con facilidad. 2) El perjudicado es un experto o profesional, pudiendo exigírsele que verifique la información producida por el profesional en la que fundó su decisión de invertir o de conceder crédito. 3) El perjudicado pudo deducir, de manera sencilla y objetiva, los errores cometidos por el tercero (*v.gr.*, supuestos de información obsoleta, etc.).

5 Una primera aproximación a la respuesta puede verse en mi reflexión sobre «La responsabilidad civil de los terceros de confianza y la teoría de los *flood gates*», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 881, 20 de marzo de 2014, p. 6 [BIB 2014\731].

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL COMO MECANISMO GENERAL DE TUTELA DE DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS

Como es conocido, los Ordenamientos jurídicos de ascendencia francesa, entre los que se encuentra el español, son sistemas atípicos en tanto que el principio de resarcibilidad de todo daño cualificado como ilícito se consagra en una cláusula general de responsabilidad «*ex delicto*» fundada sobre la prohibición del «*neminem laedere*», siguiendo el modelo del art. 1382 del *Code civil* y del que el art. 1902 del CC es su trasunto al Derecho español. El sistema así diseñado permite que, pese a mantenerse inmutable formalmente, en él se dé cabida a la tutela de todos los derechos subjetivos, con independencia de su naturaleza real, crediticia o personal, y de los intereses legítimos, con independencia del momento histórico en que éstos alcancen relevancia jurídica, de acuerdo con los principios constitucionales y con los principios generales del Derecho vigentes. Esta premisa constituye el fundamento de la superación del tradicional binomio que equiparaba ilícito civil y lesión de un derecho subjetivo (inicialmente incluso se exigía que fuese «absoluto»). Es en el seno del juicio de antijuridicidad donde se habrá de ponderar si el daño afecta a uno de estos derechos o intereses jurídicamente protegidos.

La obligación de resarcimiento *ex responsabilidad civil extracontractual* alcanza también a la lesión de los intereses legítimos –o jurídicamente protegidos–. Esta afirmación que hunde sus raíces en la constatación de que en el Ordenamiento jurídico positivo se contemplan hipótesis de responsabilidad civil que surge de la lesión de situaciones jurídicas que no tienen la naturaleza de derechos subjetivos (competencias y prácticas comerciales desleales, engaño, litis temeraria, etc.), se adecua a las exigencias constitucionales que se derivan del art. 24.1 de la CE, en tanto que sitúa en un rango similar la protección que ha de dispensarse a los derechos subjetivos y a los intereses legítimos, no pudiendo basarse la distinción entre ambas categorías en el rango de su protección, sin perjuicio de que el legislador ordinario pueda prever mecanismos tuitivos diversos para unos y otros. La previsión constitucional resulta sancionada por el pf. 3º del art. 7 de la LOPJ, en tanto encomienda a los órganos jurisdiccionales la protección de los «*derechos e intereses legítimos*», con independencia de su titularidad individual o colectiva. El art. 6.1.8º de la LECiv atribuye capacidad para ser parte procesal a las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los *intereses difusos* de los consumidores y usuarios (el precepto ha de ser completado con la legitimación activa que les reconocen los arts. 54 y 58 del TRLGDCU, para el ejercicio de la referida acción) y el art. 11.1 de la misma Ley procesal civil atribuye legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas –de conformidad con la regulación propia de las personas jurídicas de esta naturaleza– para el ejercicio de las pertinentes acciones de defensa de los derechos e *intereses* de sus asociados.

Las disposiciones del Derecho positivo y los principios generales del Derecho imponen el reconocimiento de un deber general de respetar todos los derechos subjetivos y que no es sino la traslación al ámbito de éstos del deber general de respeto de las normas jurídicas. La tutela de los derechos de crédito frente a la lesión de que pueden ser objeto por un tercero

ajeno a la relación jurídica crediticia encuentra su fundamento prístino en la admisión de la existencia de aquella obligación pasiva universal que tiene su carta de naturaleza en la llamada teoría personalista de distinción entre los derechos reales y de crédito y que se identifica con el respeto que todos los miembros de la comunidad jurídica deben a una actuación ajena jurídicamente protegida, con independencia de la naturaleza, real o crediticia, del derecho. El incumplimiento de la obligación pasiva universal genera responsabilidad aquiliana con arreglo al régimen previsto en el art. 1902 del CC. A la afirmación de la tutela extracontractual de los derechos de crédito derivados de daños puramente económicos como consecuencia del incumplimiento de deberes contractuales, no pueden oponerse eficazmente los argumentos derivados del principio de relatividad de los contratos que acoge el art. 1257 del CC y de la constatación de que ninguna norma de Derecho positivo regula expresamente una acción de daños y perjuicios en la que aparezca pasivamente legitimado el tercero que ha lesionado un derecho de aquella naturaleza (en particular, el art. 1186 del CC concede acción al deudor contra el tercero causante de la imposibilidad de cumplir, pero no al acreedor contra este último)⁶.

Una elemental aplicación del principio hermenéutico «*ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*» al art. 1902 del CC coadyuva a esta misma afirmación, vinculada al carácter generalista de la tutela que esta norma dispensa. Los arts. 1257 y 1091 del CC no constituyen ningún argumento en contra de la tesis que aquí se acoge, en tanto que contemplan la relación que es objeto de la obligación pasiva universal que se proyecta sobre la relación relativa de naturaleza crediticia y que impide cualquier interferencia en su desarrollo imputable a terceros.

Frente a la tesis sostenida, con fundamento en la concepción obligacionista de los derechos de crédito, se ha preconizado que la obligación pasiva universal no despliega sus efectos en el ámbito de los derechos subjetivos de esta naturaleza, ya que, al ser éstos de carácter relativo, el único vínculo que existe en ellos es el que media entre el acreedor y el deudor, de modo que los demás integrantes de la comunidad jurídica no resultarían vinculados en modo alguno, tampoco en el caso de lesión de los mismos por una causa que les resultase imputable.

6 La mayoría de los autores españoles que se han pronunciado sobre esta cuestión comparten la tesis favorable a la tutela aquiliana o extracontractual de los derechos de crédito en los casos de lesión por un tercero. En efecto, frente al parecer sostenido en su día por L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL («El perjuicio del crédito por acto de tercero», *RJC*, 1962, págs. 591 y 592), entre otros, pueden citarse en este sentido, DE CASTRO y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, Ed. Civitas, Madrid, 1984 [edic. facsímil del T. I, realizada por el IEP en 1949], pág. 594; VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos», en *Homenaje al Profesor J. Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pág. 853; HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, Ed. CEURA, Madrid, 1983, pág. 44; PANTALEÓN PRIETO, A. F.: «Comentario de la STS de 25 de junio de 1983», *CCJC*, núm. 3, págs. 797 y 798; *ibidem*, «Comentario del art. 1902 del CC», en *Comentario del CC*, T. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993 (2ª edic.), pág. 1994; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1984, pág. 163; FERNÁNDEZ ARÉVALO, Á.: *La lesión extracontractual del crédito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, especialmente la págs. 373 y ss.; BUS-TO LAGO, J. M.: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, págs. 109 a 122; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998, págs. 259 a 268; PÉREZ GARCÍA, M. J.: *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Ed. CER, Madrid, 2005, especialmente las págs. 121 a 123; CARRASCO PERERA, Á.: *Tratado de contratos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, págs. 629 y ss.

La cuestión se suscitó con especial virulencia en la doctrina y en la jurisprudencia italianas durante el tercer cuarto del siglo XX. La ocasión para estudiar a fondo los problemas planteados por la tutela aquiliana de los derechos de crédito se presenta con la catástrofe de Superga: el Club de Fútbol Torino demanda a la compañía aérea («Alitalia») el resarcimiento de los daños experimentados como consecuencia del fallecimiento de los jugadores de la plantilla en un accidente aéreo y la consiguiente interrupción de la prestación de sus servicios profesionales. La Corte de Casación, en Sentencia de 4 de julio de 1953, no estimó, en este caso, la demanda, si bien lo hizo por entender que no concurría la relación de causalidad, pero sin entrar en el fondo de la cuestión que aquí se plantea⁷. Será con ocasión de un nuevo accidente aéreo en el que fallece un jugador de fútbol del mismo Club -Meroni- y con los mismos protagonistas en las posiciones procesales, cuando la Corte de Casación, en su Sentencia de 26 de enero de 1971, acoja la demanda de resarcimiento y declare explícitamente que, entre los derechos protegidos por el sistema de responsabilidad civil extracontractual, se comprenden los derechos de crédito⁸.

La jurisprudencia española ha admitido desde una época muy temprana la protección aquiliana de los derechos de crédito. Así lo corrobora el pronunciamiento contenido en la STS de 23 de marzo de 1921 [CL 90, pág. 585] a propósito de los actos de una compañía discográfica violando el derecho de exclusiva pactado por Raquel Meller con otra compañía distinta, si bien la Sentencia no argumenta sobre la cuestión que nos ocupa y tampoco sistematiza los presupuestos que han de concurrir en orden a que un competido responda extracontractualmente de los daños causados como consecuencia de su contribución dolosa al incumplimiento contractual del deudor⁹ y no precisa si un tercero ajeno al mercado discográfico podría ser sujeto pasivamente legitimado en la acción aquiliana. Más recientemente y en el mismo sentido, también a propósito de un supuesto de infracción del derecho de exclusiva de la explotación de derechos de propiedad intelectual previamente cedidos al contratante acreedor, se ha pronunciado la STS de 4 de mayo de 1973 [RJ 1973\2291] y, también en relación con la infracción de un pacto de exclusiva mediante la celebración por el deudor y un tercero de un nuevo contrato incompatible con el que une a aquél con el acreedor, la STS de 20 de marzo de 1995 [RJ 1995\1965]¹⁰. Estos supuestos se incardinan en el tipo de ilícito competencial tipificado en el art. 14.1 de la LCD que califica como ilícito extracontractual la conducta desleal consistente en inducir «a trabajadores,

7 Vid. GUARNERI, A.: *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*, CEDAM, Padua, 1979, págs. 135 y ss.; LUMINOSO, A.: *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento* Giuffrè Ed., Milán, 1972, especialmente las págs. 144 y ss.; y GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, CEDAM, Padua, 1990, pág. 286.

8 Se acoge así la tesis preconizada en la doctrina italiana, entre otros, por F. D. BUSNELLI (*La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè Ed., Milán, 1964, especialmente las págs. 57 y 69), frente a la postulada por A. FEDELE (*Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Giuffrè Ed., Milán, 1954, especialmente la pág. 125).

9 Vid. DÍEZ-PICAZO, L.: «Efectos de los contratos para terceros. Cláusula de exclusiva en un contrato de grabación de discos de gramófono», en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, T. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1973 [2ª edic.], págs. 389 y 390 (§.160).

10 En el caso resuelto por la STS de 31 de diciembre de 1993 [RJ 1993\9917] la demanda ejercitando la acción de responsabilidad civil extracontractual fue desestimada, apreciando la falta de relación de causalidad del daño cuyo resarcimiento se pretendía con el hecho del tercero demandado.

proveedores, clientes y demás obligados a infringir deberes contractuales básicos que han contratado con competidores»¹¹.

La STS de 13 de diciembre de 1984 [RJ 1984\6111] estimó la pretensión extracontractual ejercitada por la hija de un abonado telefónico a que se le indemnizarán los daños ocasionados a su honor –mediante una prestación económica y la sustitución de las guías telefónicas de Madrid– cuyo apellido aparecía como «*Ramera*», en vez del real «*Ranera*». Con carácter general, la STS de 26 de junio de 2008 [RJ 2008\4271] declara, en línea con lo ya señalado en este estudio, que doctrina y jurisprudencia han superado la idea de una absoluta irrelevancia, o total separación, de una concreta relación obligatoria respecto de terceros, de manera que admitiendo la existencia de un deber de respeto por el derecho de crédito, cabe afirmar una posición generalmente favorable a que el tercero que viola, por dolo o negligencia, un derecho ajeno, asuma una determinada responsabilidad, que ha de ser establecida bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual, previa la determinación de una relación de causalidad entre el hecho llevado a efecto por el tercero, como causa directa, y el daño sufrido por el acreedor, de acuerdo con los principios de la causalidad adecuada. En esta comprobación, precisa el TS, jugará un papel importante la previsibilidad de las consecuencias dañosas del comportamiento del tercero, tanto para excluir que pueda tratarse la intervención del tercero como un caso fortuito, cuanto para determinar, ya en el supuesto de entender subsumible el conflicto bajo las reglas del Derecho de daños, el alcance de la indemnización, que, en virtud del principio de imputación objetiva, sólo se extienden, en supuestos de negligencia, a las consecuencias previsibles. En el caso objeto de litis, una constructora demanda a una entidad financiera prestamista de la entidad promotora –prestataria– por los daños padecidos como consecuencia del impago de los materiales y mano de obra, al no haber destinado la promotora el importe del préstamo concedido a esta finalidad. El TS considera que el caso de autos ha de ser calificado como un supuesto de daño indirecto; que no se ha establecido una precisa conexión entre el crédito de la constructora y la obligación de la entidad financiera; que no se trata de una estipulación a favor de tercero, ni hay aceptación de un concreto deber de comportamiento, en tanto que en la cláusula contractual que se invoca (convenida entre promotora y financiadora) se tutela el interés de la entidad financiera. Por otra parte, argumenta que no se ha probado el conocimiento por parte de la entidad financiera demandada de las previsiones contractuales existentes entre la promotora –actora– y constructora –deudora–, apreciando, en consecuencia, un déficit de previsibilidad respecto de las consecuencias del comportamiento de la entidad prestamista demandada. Considera asimismo que los movimientos de fondos no revelan una grave negligencia, una culpa, por parte de la entidad financiera, ya que no se detecta la existencia del dispendio denunciado por la actora, ni que se dispusiera de los fondos para destinos ajenos a la construcción. En estas condiciones, concluye el TS, no cabe poner a cargo del deudor de una prestación las consecuencias que para un tercero pueda tener un comportamiento más o menos descuidado o falto de diligencia, según podría ser apreciado desde una perspectiva objetiva, cuando la regla que lo impone está destinada

11 Vid. CARRASCO PERERA, Á.: *Tratado de contratos, op. cit.*, págs. 631 y 632. Sobre el tipo de ilícito de competencia desleal del art. 14 de la LDC y las modalidades que comprende, *vid.* la STS de 23 de mayo de 2007 [RJ 2007\3603].

a proteger sus propios intereses, y además su propio acreedor nada le reprocha. Extender los deberes de comportamiento, asumidos en el seno de una concreta relación obligatoria, a la protección de intereses de terceros eventualmente concurrentes, no habiéndose convenido especialmente, o más allá de los supuestos en que la infracción del crédito es debida a un comportamiento malicioso o a un directo impedimento de la satisfacción del acreedor (como los casos de deterioro o menoscabo de la cosa debida, atentado a la personalidad del deudor, complicidad en la disminución de su solvencia, violación de obligación negativa como pacto de exclusiva, etc.), a juicio del TS, vendría a expandir excesivamente el ámbito del compromiso asumido y, por consiguiente, de la responsabilidad exigible al deudor.

III. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y LESIÓN DE DERECHOS DE TERCEROS: LAS ENSEÑANZAS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES DE CUENTAS

1. El régimen de responsabilidad civil de los auditores de cuentas

Las auditorías se contratan por las entidades mercantiles, bien por iniciativa propia y de manera voluntaria a efectos de conocer la situación económica y contable de la entidad, verificando su corrección técnica; bien en cumplimiento de una norma que exige su realización en determinados supuestos, contemplados fundamentalmente en el TRLSC. La finalidad del informe de auditoría no es otra que la constituida por que un experto independiente, el auditor, verifique la corrección técnica de las cuentas presentadas por los gestores de la entidad auditada a los socios y, en su caso, a terceros ajenos a la entidad, potenciales inversores –compradores de acciones, de participaciones sociales o de otros productos societarios que tengan la finalidad de incrementar los fondos propios y con ello dotar de una mayor solvencia patrimonial a la entidad- o contratantes, cuya decisión acerca de su conducta económica con la entidad mercantil auditada se adoptará en función de los resultados arrojados por el informe de auditoría.

A tenor de lo dispuesto en el art. 22.1 del RD Legislativo 1/2011, de 1 de julio, *por el que se aprueba el TR de la Ley de Auditoría de Cuentas*¹² [en adelante, TRLAC], prescribe que «los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del CC, con las particularidades establecidas en el presente artículo», lo que supone una remisión o llamada a la aplicación de los arts. 1101 y 1902 y concordantes del CC. La finalidad de este precepto es la de evitar la impresión de que los auditores están sometidos a un régimen especial de responsabilidad civil¹³.

12 BOE núm. 157, de 2 de julio de 2011. Esta norma tiene su precedente en el art. 11 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, *de auditoría de cuentas*, que había sido modificado por la Ley 12/2010, de 30 de junio [BOE núm. 159, de 1 de julio de 2010]. Esta previsión ha de ser completada con la exigencia de la prestación de fianza para responder de los daños y perjuicios ocasionados que se exige de conformidad con las previsiones de los arts. 23 del TRLAC y 55 de su Reglamento (RD 1517/2011, de 31 de octubre).

13 Esta finalidad se cumplía de un modo más evidente en la redacción del precepto correlativo en la Ley 44/2002, de

En consecuencia, los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del CC, con las particularidades siguientes (apartados 2 a 4 del citado art. 22 del TRLAC): 1ª) La responsabilidad civil será exigible de forma proporcional a la responsabilidad directa por los daños y perjuicios ocasionados por su actuación profesional, de manera personal e individualizada, tanto a la entidad auditada como a un tercero, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros. 2ª) Si la auditoría se realiza por un auditor en nombre de una sociedad de auditoría, ambos responden solidariamente, lo que supone una quiebra de la regla general que establece el art. 1903.IV del CC, a tenor del cual se establece una responsabilidad directa del empresario frente al perjudicado, por los daños causados por los dependientes de aquél, sin perjuicio de la eventual acción de repetición o de reembolso que contempla el art. 1904 del CC. 3ª) La acción de responsabilidad civil contractual está sometida a un plazo de prescripción de cuatro años contados desde la fecha de emisión del informe de auditoría (plazo específico introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley 12/2010, de 30 de junio)¹⁴.

Así las cosas, los tres presupuestos que han de concurrir para que se pueda imputar la responsabilidad civil a los auditores de cuentas o, en su caso, a las sociedades de auditoría y que es independiente de la responsabilidad administrativa en la que, en su caso y de manera acumulada, puedan incurrir (a tenor de las previsiones de los arts. 30 a 40 del TRLAC)¹⁵, son los que siguen:

22 de noviembre, cuyo art. 11.1 disponía que «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 establecidas en el presente artículo» (redacción Ley 44/2002, 22.11); y en su precedente, constituido por el art. 11.1 de la LAC de 1988, a tenor del cual «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».

- 14 La cuestión relativa a la prescripción de la acción de responsabilidad civil ejercitada frente a una entidad de auditoría fue objeto de la STS de 27 de mayo de 2009 [RJ 2009\3044], que confirma la desestimación de la acción de responsabilidad civil por prescripción –tégase en cuenta que la norma aplicable, por razón del momento en que acontecieron los hechos enjuiciados, no contemplaba un plazo específico de prescripción de la acción de responsabilidad civil-. La acción de responsabilidad civil fue ejercitada por los socios –accionistas de «Seguros Kairos»- a los auditores –PwC- fuera del ámbito de legitimación reconocido para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en la LSA, de manera que tenía un carácter extracontractual (sometida, entonces, a la prescripción anual). El TS declara que contrato de auditoría concertado entre la sociedad y la entidad auditora no contiene estipulaciones en favor de los socios en calidad de terceros. El *dies a quo* de la acción de responsabilidad civil extracontractual es la fecha en la que los socios tuvieron conocimiento del acta de inspección de la Dirección General de Seguros que reveló la existencia de situación contable gravemente irregular. El pronunciamiento relevante del TS radica en la declaración de no interrupción de la prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual ejercitada por los procedimientos ante la DGS y el ICAC –administrativos y sancionadores-, considerando que no tienen carácter de reclamación de indemnización de la responsabilidad civil.
- 15 El carácter independiente de la responsabilidad civil y de la responsabilidad de naturaleza administrativa ha sido puesta de manifiesto en las SSTS de 14 de octubre de 2008 [RJ 2008\6913] –caso «PSV», en el que se había declarado previamente una responsabilidad administrativa, sin que por ello existiera una responsabilidad de naturaleza civil- y de 9 de octubre de 2008 [RJ 2008\6042] –en el caso «XM Patrimonios», en el que no fue objeto de sanción administrativa la actuación del auditor, pero sí se declaró su responsabilidad civil de naturaleza subjetiva-. Sobre los criterios de aplicación de las previsiones legales en materia de régimen sancionador de naturaleza administrativa, pueden verse, entre otras, la SAN, C-Adm, de 15 de febrero de 2010 [RJCA 2010\401] y las SSTS, Sala de lo C-Adm,

- 1º) Incumplimiento de deberes profesionales que regulan su actividad profesional y que integran el contenido de la «*lex artis ad hoc*», en tanto que el título de imputación de la responsabilidad civil es de naturaleza subjetiva.

A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que la función del auditor es comprobar que determinados estados contables han alcanzado el grado de fiabilidad que implica la imagen fiel de la entidad auditada. A estos efectos, el auditor ha de comprobar que los administradores han cumplido las reglas materiales y formales en la elaboración de los estados contables. El informe de auditoría incluye (ex art. 3.1 del TRLAC): la *opinión del auditor* acerca de la fiabilidad de las cuentas, del análisis de la gestión de los administradores y de los riesgos que soporta la entidad auditada.

En consecuencia, podrá afirmarse la existencia de un incumplimiento de los deberes profesionales del auditor, al menos en los dos supuestos siguientes:

- a) Cuando el informe de auditoría contenga errores u omisiones. A estos efectos resulta indiferente que la existencia de errores o de irregularidades sea imputable a los órganos de administración o gestión de la entidad auditada y ello por cuanto, la función del auditor incluye la realización de una labor tendente a detectar éstos.
- b) Cuando el auditor no haya detectado y puesto de manifiesto fraudes o irregularidades imputables a los gestores de la entidad auditada y ello por cuanto supondría la omisión de una irregularidad que debió ser advertida o denunciada.

El modelo de conducta diligente del auditor es la propia del «*buen profesional*» (lo que supone una modulación de la regla general del art. 1104 del CC y una mayor exigencia que al deudor común¹⁶). A efectos de determinar el canon, parámetro o estándar de diligencia han de tomarse en consideración las «*Normas técnicas de auditoría*» [NTA] –Resolución del ICAC de 19 de enero de 1991, siendo objeto de modificaciones posteriores¹⁷-, en tanto que establecen los estándares mínimos de calidad de la función de auditoría –se refieren tanto a las condiciones subjetivas del auditor, como a los aspectos atinentes a la forma de ejecución de su trabajo, estableciendo determinados deberes positivos de actuación- y determinan la corrección de los trabajos e auditoría –conforman la «*lex artis*» de la profesión-¹⁸. El art. 17.1 del Reglamento del TRLAC prescribe que las normas de auditoría a que se refiere el art. 6.2 del

de 15 de octubre de 2008 [RJ 2008\5730] y de 2 de junio de 2009 [RJ 2009\5365], que si bien aplican los preceptos correlativos de la LAC –y, en particular, el art. 16 LAC-, sus argumentos son trasladable a la hermenéutica de los preceptos vigentes.

16 La STS de 5 de marzo de 2009 [RJ 2009\1631] –caso «Euskal Air»- declara que la diligencia que, en el cumplimiento de su encargo, ha de observar el auditor es la determinada por su legislación específica, sin perjuicio de apreciar que se trata de estándares de aplicación flexible que han de ser adaptados al caso concreto.

17 Publicada en el BOICAC núm. 4. Las modificaciones posteriores han sido introducidas por las Resoluciones del ICAC de 1 de diciembre de 1994 y de 2 de marzo de 2007.

18 OTERO CRESPO, M.: «La responsabilidad civil del auditor frente a terceros al hilo de la jurisprudencia del TS», en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. J.M. Lete del Río* (M^a P. GARCÍA RUBIO, COORD.), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 674-675.

TRLAC constituyen los principios y requisitos que deben observar los auditores de cuentas en la realización del trabajo de auditoría de cuentas y sobre las que deben basarse las actuaciones necesarias para expresar una opinión técnica responsable e independiente. En consecuencia, las NTA tienen carácter imperativo. El apartado 2º del art. 17 del Reglamento del TRLAC precisa que las NTA tendrán por objeto la regulación de los aspectos no contemplados en las normas internacionales de auditoría adoptadas por la UE.

A tenor de la previsión contenida en el §.1.5.3 de las NTA, el auditor ha de planificar la auditoría teniendo en cuenta que pudieran existir errores o irregularidades con efectos significativos en la contabilidad y si bien no está obligado a tomar la iniciativa en indagar sobre fraudes o errores que pudieran existir en la documentación aportada para realizar la auditoría, sí lo está a diseñar procedimientos para obtener la «seguridad razonable» de que se detecten las irregularidades y errores que afecten significativamente a las cuentas anuales, de manera que el informe de auditoría ponga de relieve los fraudes e irregularidades cuando sea «razonablemente posible» (STS de 9 de octubre de 2008 [RJ 2008\6042] –caso «XM Patrimonios»-)¹⁹.

- 2º) Causación de perjuicios a la entidad auditada y/o terceros, como consecuencia de aquel incumplimiento. El informe de auditoría tiene una influencia perjudicial en quien recibe la información que aquel informe hace pública, que se manifiesta en la causación de daños o perjuicios que pueden calificarse como daños puramente económicos –«*pure economic loss*»– en tanto que se tratará de pérdidas meramente financieras que no traen cusa de la lesión del patrimonio (o de la integridad física) del perjudicado.
- 3º) Imputación objetiva de los perjuicios al auditor (o, en su caso, a la sociedad de auditoría en nombre de la que actúe en la prestación de sus servicios profesionales).

Los problemas que suscita la relación de causalidad en la responsabilidad civil de los auditores son de índole diversa y, en particular, resultan especialmente relevantes los dos que siguen:

- a) La determinación de las condiciones que han de concurrir para que los daños experimentados por terceros ajenos a la relación contractual de auditoría sean imputados al auditor, como consecuencia de los datos reflejados en el informe emitido. Las consecuencias prácticas de la respuesta jurisprudencial dada a esta cuestión son objeto de análisis y exposición en los supuestos tomados de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS que se exponen *infra* §.III.3. En el ámbito de la responsabilidad civil de los auditores y sociedades de auditoría el TS ha adoptado los criterios de causalidad jurídica, atendiendo a los conocidos criterio de imputación objetiva del daño, valorando si el

19 Vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: «STS de 9 de octubre de 2008. La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Información "defectuosa" (por errónea) y relación de causalidad», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 2º (2008) (M. YZQUIERDO TOLSADA, DIR.), Ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp.

daño cuyo resarcimiento se pretende se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente. En particular se acude al criterio representado por el fin de protección de la norma –de cuidado– que regula la actividad de auditoría de cuentas²⁰ (criterio de imputación objetiva recogido, *v.gr.*, en el art. 3:201.e de los PETL). Desde luego, la finalidad prístina de la auditoría de cuentas radica en la tutela del derecho de información de los socios y la emisión consciente por éstos del voto de las cuentas sociales, previamente auditadas; pero para determinar la imputación objetiva de los daños que pueda causar un informe de auditoría defectuosamente realizado a terceros ajenos al contrato de auditoría es necesario contestar la pregunta de si la protección extracontractual de la confianza creada en terceros por el informe de auditoría es también un fin de protección de la norma. Pues bien, la respuesta dada por el TS a este pregunta en la Sentencia de 9 de octubre de 2008 [RJ 2008\6042] –caso «XM Patrimonios»– es negativa, pues el daño causado por la negligencia del auditor queda fuera de la protección de la normativa a cuya infracción se vincula, en tanto que no alcanza a prevenir los perjuicios sufridos por los inversores –actores– por el hecho de que los órganos de supervisión no pudieran actuar tempestivamente a efectos de impedir las inversiones realizadas. Distinta fue la respuesta dada en el caso resuelto por la STS de 5 de marzo de 2009 [RJ 2009\1631] –caso «Euskal Air»–, en tanto que en ella el TS sí consideró que el informe de auditoría tiene, entre sus funciones y fines propios, evitar el riesgo de terceros de sufrir perjuicios, derivados de inversiones realizadas o de la abstención de adoptar tempestivamente medidas que impidan o amortigüen determinados daños, como consecuencia de los errores que contenga. En consecuencia, el fin de protección de la norma es tanto la protección de la entidad auditada, como de los intereses de sus socios y de cualquier tercero que actúe confiando en el informe de auditoría. Este fin de protección de la norma resulta con nitidez de la regulación que, de la responsabilidad civil del auditor y de las sociedades de auditoría, se contiene en el art. 22 del TRLAC, frente a lo propugnado por algún autor en estudios realizados vigente la LAC de 1988 (es el caso de la tesis expuesta por PANTALEÓN en el año 1996, a tenor de la cual las normas de auditoría sólo protegen a determinados terceros que, por saberlo, o debido saberlo, el auditor, puedan considerarse destinatarios del informe, mientras que quedan fuera otros intereses individuales eventualmente lesionados²¹). El TS omite

20 Entre otros, ALEMANY EGUIDAZU, J.: *Auditoría legal (Due diligence y opiniones legales en los negocios mercantiles)*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 394 y ss. (acerca de la imputación de responsabilidad civil al certificador). Sobre la aplicación de este criterio de imputación objetiva, precisando su irrelevancia a efectos de apreciar la culpa en sistemas de responsabilidad subjetiva, como es el de la responsabilidad civil del auditor de cuentas, *vid.* PEÑA LÓPEZ, F.: *Dogma y realidad del Derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 98 a 101.

21 *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, F.: *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, especialmente las pp. 111 y ss.

requisito del conocimiento o cognoscibilidad de los posibles perjudicados y del análisis de la previsibilidad del daño en términos objetivos (a diferencia de lo dispuesto en el art. 3.201.a de los PETL²²) para imputar objetivamente la responsabilidad civil extracontractual al auditor o a la sociedad de auditoría.

- b) La influencia de la concurrencia de culpa –o, en su caso, de dolo– de los administradores o, en general, del personal al servicio de la entidad auditada en los errores que contenga el informe de auditoría. A esta cuestión viene a dar respuesta el párrafo 3º del apartado 2º del art. 22 del TRLAC, a tenor del cual, la responsabilidad civil de los auditores de cuentas y de las sociedades de auditoría será exigible de forma personal e individualizada, de manera que se excluirán los daños o perjuicios causados por la propia entidad auditada, de los que responderá ésta, o, en su caso, por terceros. La concurrencia de culpa de la auditada –o del personal a su servicio– incide en la relación de causalidad, de manera que la imputación, en parte, de los daños y perjuicios ocasionados al perjudicado se hará a la propia auditada, lo que resulta adecuado a las exigencias del principio de protección diligente de los propios intereses, motivando que la entidad auditada ofrezca al auditor la información veraz y actualizada de su situación contable, lo que obviamente se desincentivaría en el caso de que la responsabilidad civil, especialmente por daños a inversores y terceros, en general, se imputase, también en el caso de concurrencia de culpas al auditor o a la sociedad de auditoría de manera exclusiva. El tenor del art. 22.2 del TRLAC parece erigirse en obstáculo a la resolución de los supuestos de incertidumbre causal relativa en la producción del daño, por concurrencia de varias conductas eficientes, a través del expediente constituido por la imputación íntegra del daño al responsable de cada conducta eficiente, en defecto de posibilidad de acreditación del porcentaje o de la proporción a la contribución causal, aplicado por la STS de 10 de septiembre de 2012 [JUR 2012\377709] en el marco de un sistema de responsabilidad objetiva como es la responsabilidad civil por daños corporales ocasionados por la circulación de vehículos de motor²³.

22 A tenor del cual, la cuestión de si una responsabilidad puede ser imputada a un determinado sujeto depende de «la previsibilidad del daño para una persona razonable en el momento de producirse la actividad considerando, en especial, la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y su consecuencia, o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad».

23 En sentido contrario a la aplicación de este expediente a los supuestos de incertidumbre causa epistemológica –supuesto en los que ha de determinarse cuál habría sido la decisión de la víctima en el caso de haber dispuesto de una determinada información (v.gr. relativa a someterse a un determinado tratamiento médico, en caso de falta de consentimiento informado; o a un aborto, en caso de *wrongfull birth*)– se pronuncia MARTÍN-CASALS, M.: «La modernización del Derecho de la responsabilidad civil extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil (XV Jornadas de la APDC, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011)*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2011, pp. 52–53; *ibidem*, «Nuevas perspectivas de la responsabilidad extracontractual», en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual* (E. BOSCH CAPDEVILA, DIR), Ed. Bosch, Barcelona, 2012, especialmente las pp. 254 y 255.

2. La responsabilidad contractual del auditor frente a la sociedad auditada

2.1. La responsabilidad del auditor o de la sociedad de auditoría sometida a las reglas de responsabilidad profesional propia del servicio de auditoría

Sin perjuicio de que, según los casos, el nombramiento de los auditores pueda realizarse, en determinados supuestos, por los administradores de la sociedad (*cf.* arts. 107.d, 124.2 del TRLSC), por la junta general (*cf.* arts. 160.b y 264.1 TRLSC y 153.1 RRM), por el Registrador Mercantil (*cf.* arts. 128.3 y 265 TRLSC y 350 y ss RRM) o por el órgano judicial (*cf.* arts. 266 TRLSC y 40 CCo)²⁴, interesa señalar en el contexto de esta exposición que la jurisprudencia ha precisado que los accionistas de las sociedades de capital auditadas no son parte en la relación contractual de auditoría, sino que lo es la entidad social auditada exclusivamente (así, STS de 27 de mayo de 2009 [RJ 2009\3044] –asunto «Seguros Kairos»–)²⁵. Esta precisión tiene especial trascendencia en tanto que los accionistas respecto del informe de auditoría han de reputarse como terceros y, en consecuencia, la responsabilidad civil del auditor frente a ellos será de naturaleza extracontractual.

El art. 271 del TRLSC, para el caso de auditorías que tengan como objeto a sociedades de capital, dispone que la legitimación para exigir responsabilidades al auditor frente la sociedad auditada se regirá por lo dispuesto para los administradores de las sociedades. Sin embargo, este precepto no tiene la pretensión de establecer un régimen de responsabilidad civil de los auditores de carácter general, sino que se limita a remitir, a efectos de determinación de la legitimación activa de la acción de la sociedad frente al auditor, a lo dispuesto en los arts. 238, 239 y 240 del TRLSC para la denominada acción social. En efecto, la referida previsión normativa no significa que frente a los auditores sólo puede ejercitarse la acción social, sino que el precepto ha de completarse con lo establecido para la responsabilidad civil de los auditores en el art. 22 del TRLAC²⁶. Esta interpretación deja expedita la posibilidad de ejercicio de la acción individual de responsabilidad frente al auditor que podrán ejercitar los accionistas de la sociedad auditada en defensa de sus propios intereses y que, siendo de naturaleza extracontractual –los accionistas no son parte de la relación contractual de auditoría–, se regirá por las normas específicas del referido art. 22 TRLAC y, en lo no previsto en éste, por el Derecho común en este ámbito, encarnado en los arts. 1902 y concordantes del CC²⁷.

24 Un amplio estudio sobre el nombramiento de los auditores de cuentas, distinguiendo el supuesto de nombramiento para verificar las cuentas anuales y de nombramiento para otros trabajos de revisión y verificación contable se contiene en PACHECO CAÑETE, M.: *Régimen legal de la auditoría de cuentas y responsabilidad de los auditores*, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pp. 113 a 159.

25 *Vid.* GILI SALDAÑA, M y MARÍN GARCÍA, I.: «Responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros por los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones. Culpa extracontractual [...] (Comentario de la STS de 27 de mayo de 2009)», en *CCJC*, núm. 83, mayo / agosto de 2010, pp. 1035 y 1036 (§.2206).

26 Por todos, MACHADO, J.: «Comentario del art. 271 de la LSC», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Á. ROJO – E. BELTRÁN, DIRS.), T. II, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 2013; VAQUERO PINTO, M^a J.: «Contrato de auditoría», en el Capítulo 15 de *Tratado de contratos* (R. BERCOVITZ, COORD.), T. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (2^a edic.), §§.1771 a 1779.

27 En este sentido, BUSTOS MORENO, Y.: «Nuevo régimen legal de limitación de la responsabilidad civil en la auditoría de cuentas», *RDP*, núm. 3, mayo – junio de 2012, pp. 52-53, nota núm. 72.

Así las cosas, a tenor de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual del auditor frente al sujeto que ha concertado la prestación de sus servicios profesionales –ordinariamente por la junta general en el caso de las sociedades de capital–, aquélla es de naturaleza subjetiva, de manera que es la deficiente prestación del servicio o el deficiente cumplimiento o ejecución de la prestación –de servicios profesionales: el informe de auditoría– la que permite la imputación de los daños y perjuicios que el informe no emitido en plazo o emitido de manera deficiente cause a la auditada. A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que la prestación del servicio profesional que nos ocupa conlleva la necesaria revisión y verificación información contable de la entidad auditada, así como la elaboración de informe de auditoría.

La limitación de la legitimación activa para ejercitar la acción de responsabilidad civil frente a los auditores, a la entidad auditada de manera que sólo respondiesen de los eventuales daños y perjuicios ocasionados a ésta es una interpretación restrictiva sostenida, dogmáticamente, si bien en una obra que trae causa de un informe, realizado por el autor de manera confesada *«pro parte»*, de la que es autor PANTALEÓN, escrita en el año 1996 y que no resulta sostenible al amparo del vigente art. 22.2 del TRLAC. Esta interpretación se funda en los tres argumentos que siguen²⁸:

- 1º) Riesgo desproporcionado: se reducen los riesgos de la actividad profesional
- 2º) La necesidad de mantener la *«asegurabilidad»* de la responsabilidad civil de los auditores, lo que permitirá, a su vez, la prestación del servicio profesional a precios razonables.
- 3º) La ausencia de deber de cuidado del auditor frente a terceros, de manera que aquél no puede ser *«negligente»* en relación con éstos.

Es evidente que la entidad auditada tiene acción frente al auditor o la sociedad de auditoría para ejercitar la acción de responsabilidad civil con la finalidad de resarcirse de los daños y perjuicios que le haya ocasionado un informe de auditoría deficientemente realizado, siendo esta responsabilidad de naturaleza contractual y, en el caso de sociedades de capital, se ejercitará de conformidad con lo dispuesto para el ejercicio de la acción social frente a los administradores sociales, de acuerdo con la remisión que el art. 271 del TRLSC realiza a los arts. 238 a 241 del TRLSC, como ya se ha adelantado. Este es el supuesto contemplado en el caso «Grupo Torras», sometido a consideración de la Sala de lo Civil del TS.

2.2. El caso «Grupo Torras» (daños a la auditada y a sus socios o accionistas)

En este supuesto, la acción de responsabilidad civil fue ejercitada por la entidad auditada «Grupo Torras, S.A.» frente a la sociedad de auditoría –«PwC, S.L.» (originariamente, «Coopers & Lybrand»)– y frente al auditor que firmó el informe de auditoría en el año 1990, argumentando que si se hubiera reflejado la «imagen fiel» de la sociedad en aquél se hubiera solicitado la suspensión de pagos y se hubiera instado la remoción de los administradores sociales, sin que ninguna de las cosas se hubiera realizado habida cuenta que el informe

28 Vid. PANTALEÓN PRIETO, F.: *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, op. cit., especialmente las pp. 111 y ss.

de auditoría reflejaba beneficios de la sociedad auditada y, en realidad, en el período temporal auditado había tenido pérdidas, habiéndose omitido en el informe de auditoría datos relevantes como operaciones de aumento de capital, incumplimientos de la normativa mercantil y gastos de retribuciones de los directivos de la auditada.

La SAP Barcelona, Secc. 19ª, de 9 de diciembre de 2009 [AC 2010\771], con revocación de la dictada en la primera instancia por el JPI núm. 33 de Barcelona en fecha 8 de octubre de 2008 [JUR 2010\173057], desestimó la acción de responsabilidad civil ejercitada por falta de relación de causalidad. La AP de Barcelona no consideró acreditado que de haber reflejado el informe de auditoría la «imagen fiel» se hubieran adoptado las medidas referidas en el escrito de demanda, de acuerdo con *«un razonable juicio de probabilidad y a la vista de todas las apariencias»* (F.D. 10º). Esta SAP Barcelona fue casada por la STS 558/2012, de 3 de octubre [RJ 2012\9711], que deja sin efecto la Sentencia dictada en grado de apelación y confirma la dictada en la primera instancia²⁹.

El TS, en el F.D. 11º de la Sentencia ya referenciada, argumenta la estimación del recurso de casación deducido por la representación procesal del «Grupo Torras» argumentando que el déficit de información atribuible a la auditora, permite imputar la responsabilidad civil a ésta y ello por cuanto, con arreglo a los postulados de la imputación objetiva, aquel incumplimiento privó a los socios de la oportunidad de reaccionar, de manera tempestiva y adecuada, frente a los administradores, removidos una vez que fue descubierta la realidad de las cuentas. El TS argumenta que, en un razonable juicio de probabilidad, en el caso de que los socios hubieran tenido la correcta información que se había obligado a proporcionales la auditora, habrían hecho valer sus facultades societarias e impedido la realización de actos irregulares de disposición por los administradores (consistentes, *v.gr.*, en concesión de préstamos a sociedades filiales para adquisición de terrenos por un precio excesivo y sin garantías, pago de servicios no prestados o justificados mediante documentos falsos, etc.).

3. La responsabilidad civil extracontractual del auditor frente a terceros perjudicados por su conducta ¿Apertura de esclusas –SSTS «Euskal Air» y «PSV, Cooperativa»–?

3.1. Planteamiento del supuesto: premisas sobre la función del informe de auditoría

A tenor de lo dispuesto en los arts. 1.2 del TRLAC y 1.1 de su Reglamento, se entiende *«por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros»*. En la propia Exposición de Motivos

²⁹ Sobre esta STS, puede verse, *v.gr.*, VAÑO VAÑO, Mª J.: «Responsabilidad del auditor por incumplimiento contractual», *RDM*, núm. 288, abril/junio de 2013, pp. 465 a 478.

del RAC (RD 1517/2011) -§.II- se destaca la incorporación, en el TRLAC, de la prohibición expresa de limitar la distribución o uso del informe de auditoría de cuentas, consecuente con la relevancia pública de esta actividad por los posibles efectos frente a terceros que puede tener todo informe.

En efecto, con la auditoría de cuentas se pretende contribuir al correcto funcionamiento del mercado, a través de un instrumento que aporte información fiable sobre la situación financiera de una entidad –sea una sociedad mercantil o una entidad pública– que pueda ser empleada por terceros y, por ello, el informe de auditoría está dotado de la nota de publicidad, para que pueda ser conocido por todos los operadores económicos que participan en el mercado y por el propio mercado³⁰. En relación con este aspecto del informe de auditoría, en el Considerando 9º de la Directiva 2006/43/CE, de 17 de mayo, *relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas*, se declara que la buena calidad de las auditorías contribuye al correcto funcionamiento de los mercados al incrementar la integridad y la eficiencia de los estados financieros.

El informe de auditoría permite reequilibrar las asimetrías de información entre quienes participan en el mercado y, en particular, entre los administradores de la entidad auditada y terceros que contraten con ésta, convirtiéndose en acreedores de la misma o realicen actividades de inversión, mediante la compra de acciones o de participaciones sociales o cualquier otro activo financiero de la misma, cuya titularidad conlleve la asunción de riesgos en función de la solvencia de la entidad de que se trate y lo hayan hecho confiando en la imagen de solvencia económica que reflejan las cuentas de la sociedad depositadas en el Registro Mercantil habiendo recibido un informe de auditoría favorable o sin tachas.

El propio TRLAC establece el deber general del auditor de responder frente a la sociedad auditada y frente a terceros –en este aspecto no puede apreciarse una modificación sustancial respecto del texto originario de la LAC/1988³¹, de manera que, aun cuando las SSTs que seguidamente se analizan aplican aquélla redacción, las conclusiones son aplicables al texto normativo vigente–, al igual que acontece en los sistemas francés e italiano y a diferencia los sistemas alemán e inglés.

En efecto, en la verificación de los estados financieros de entidades auditadas los «*terceros perjudicados*» no son meras víctimas indirectas cuyos perjuicios no son resarcibles por ser, en general, dudosos e inciertos; lo que determina que pueda decidirse «*ad limine litis*» la denegación de las pretensiones de los terceros frente a la entidad de auditoría. Como ya se ha adelantado, el vigente art. 22.2 del TRLAC contempla expresamente la responsabilidad civil de los auditores de cuentas y de las entidades de auditoría frente a terceros, de manera que no puede existir vacilación alguna acerca de la voluntad del legislador de extender la

30 La publicidad del informe de auditoría preordenada a permitir un amplio conocimiento del mismo con la finalidad de conseguir los fines propios de la auditoría, está expresamente prevista, entre otras normas, en los arts. 279 y 281 del TRLSC; 23 del CCom; 35 y 92 de la LMV; 69 y 131 de la LGCoop.; 23, 366.5º y 369 del RRM; y 5.5 y 5.6 del Reglamento del TRLAC.

31 Art. 11 LAC/1988: «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 establecidas en el presente artículo» (se mantiene en la redacción fruto de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre).

legitimación activa para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual frente a los auditores y sociedades de auditoría a los terceros que puedan resultar perjudicados, al margen de la propia sociedad auditada³². Incluso estarán legitimados activamente los propios administradores de la sociedad auditada en aquellos casos en los que el retraso en la emisión del informe de auditoría haya provocado su responsabilidad solidaria por las deudas de la sociedad auditada, al estar ésta incurso en una causa de disolución –de las contempladas en el art. 363 del TRLSC– y no haber convocado tempestivamente la junta general para que, en su caso, adopte el acuerdo de disolución, de conformidad con lo dispuesto en el art. 367 del TRLSC.

Como última premisa que ha de tomarse en consideración, con carácter general, es que la existencia de un específico «*deber de cuidado*» no constituye un presupuesto de la responsabilidad civil del auditor.

3.2. El caso «*Euskal Air*» (los acreedores de la auditada)

En este supuesto, la acción de responsabilidad civil fue ejercitada por la sindicatura de la quiebra de la entidad mercantil «*Euskal Air*» frente a la sociedad de auditoría «*PwC*». «*PwC*» había informado favorablemente unas cuentas que debieron recibir informe de auditoría desfavorable y no advirtió que la empresa se encontraba incurso en causa de disolución. La STS de 5 de marzo de 2009 [RJ 2009\1631] estimó la existencia de un supuesto de responsabilidad civil de la entidad demandada frente a los acreedores –en su condición de perjudicados– de la entidad auditada, motivando el fallo estimatorio en los siguientes argumentos³³:

- 1º) La responsabilidad civil de los auditores no es meramente contractual en el caso de ejecución defectuosa del encargo objeto del contrato de auditoría, sino que el auditor y/o la sociedad de auditoría responden extracontractualmente por daños ocasionados a terceros.
- 2º) Los acreedores de la entidad auditada, «*Euskal Air*» tienen la condición de perjudicados por el informe de auditoría en cuanto que la diferencia entre el activo en el momento de la quiebra y lo que hubieran podido percibir en caso de haberse disuelto de manera diligente la entidad auditada, luego quebrada, es un daño patrimonial que han soportado.
- 3º) La relación de causalidad entre el contenido del informe de auditoría y el perjuicio patrimonial de los acreedores concurre y ello tanto si se acude a la aplicación de la «*equivalencia de la condición sine qua non*», como a la «*causalidad adecuada*» o a la «*causa eficiente*».

32 En este sentido ya se pronunciaba, v.gr., SANCHO GARGALLO, I.: «Responsabilidad civil de los auditores de cuentas», en *La responsabilidad civil profesional*, Ed. CGPJ, Madrid, 2003, pp. 374-375.

33 Vid. RIBOT IGUALADA, J.: «La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro», en *Aranzadi Civil*, núm. 7-8, 2009, pp. 21 y 22; MARÍN GARCÍA, I. y GILI SALDAÑA, M.: «Responsabilidad civil de los auditores frente a terceros por los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones. Relación de causalidad e imputación objetiva (Comentario de la SST de 5 de marzo de 2009 [RJ 200\1631])», en *CCJC*, núm. 81, septiembre / diciembre de 2009, pp. 1341 a 1360 (§.2150).

- 4º) La conducta intencional de otros sujetos –en este caso, los administradores de la entidad auditada– no interrumpe el nexo de causalidad entre la conducta no ajustada a la «*lex artis ad hoc*» del auditor y los daños ocasionados a los acreedores de la entidad auditada.
- 5º) La aplicación de la doctrina de la imputación objetiva de los daños cuyo resarcimiento se pretende a la sociedad de auditoría: precisamente la actuación errónea por terceros basada en la confianza en el informe de auditoría es la que se trata de prevenir con la fijación de un régimen de responsabilidad civil derivada de la función de auditoría.

3.3. Casos «Promoción Social de Viviendas, S.C.» (acreedores de la S.C. auditada)

El caso sometido a consideración judicial en el supuesto resuelto, en grado de casación, por la STS de 15 de diciembre de 2010 [RJ 2011\1550]³⁴, sucintamente expuesto es el que sigue: un grupo de compradores de viviendas (y plazas de garaje) promovidas por la cooperativa «Promoción Social de Viviendas, S.C.» que se vieron obligados a realizar pagos por cantidades superiores a las inicialmente establecidas para la compra de los referidos inmuebles, ejercitan la acción de responsabilidad civil frente a la sociedad de auditoría –en el caso, «Ernst & Young, S.A.»– (y frente al auditor que, designado por ésta, verificó las cuentas, dictaminó y firmó el informe de auditoría y su entidad aseguradora), con fundamento en lo dispuesto en los arts. 11 de la LAC/1988 y 1902 del CC. La gestión irregular de los directivos de la cooperativa –los integrantes de su consejo rector– determinó que ésta suspendiera pagos en el año 1993 y la paralización de las obras de la promoción de viviendas. Para continuar la ejecución de éstas, los cooperativistas que optaron por no desvincularse de la cooperativa, asumiendo la pérdida de un porcentaje respecto de las aportaciones dinerarias ya realizadas, se vieron en la necesidad de realizar aportaciones adicional para poder terminar las obras (un 7% de las sumas ya aportadas, que coincide con la cuantificación de los daños y perjuicios reclamados). Las auditorías encargadas y realizadas en los años 1991 y 1992 no detectaron irregularidades, emitiéndose informes favorables sin salvedades y que fueron puestos a disposición de los cooperativistas.

En ambas instancias se desestimó la demanda interpuesta, a pesar de que la SAP Madrid, Secc. 28ª, de 21 de diciembre de 2006, declaró que los auditores codemandados cumplieron deficientemente su prestación profesional, incurriendo en negligencia. En particular, las deficiencias detectadas en la auditoría se relacionaban con los aspectos de la gestión social –financiación gratuita al IGS mediante la concesión de anticipos cuyo reintegro no fue exigido– que determinaron la situación de desbalance de la cooperativa auditada –y, a la postre, su situación de insolvencia–, lo que motivó la adopción de determinadas conductas que no se habrían adoptado por los cooperativistas en el caso de haberse realizado correctamente el trabajo y que, a la postre, les ocasionaron el quebranto económico cuyo

34 Vid. GILI SALDAÑA, M. y MARÍN GARCÍA, I.: «Responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros. Causalidad material o física y causalidad jurídica o imputación objetiva. Recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. Prohibición de condenas con reserva de liquidación», en *CCJC*, núm. 87, septiembre / diciembre de 2011, pp. 1751 a 1774 (S.2320).

resarcimiento pretendían. A pesar de ello, la AP de Madrid negó la existencia de un supuesto de responsabilidad civil al considerar que faltaba la necesaria relación de causalidad, argumentado sobre un juicio de probabilidad de la adopción tempestiva de medidas que pudieran remediar la situación de crisis de la cooperativa derivada de las deficiencias en su gestión.

La Sala de lo Civil del TS estimó el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de los actores, en su condición de terceros perjudicados, aplicando la doctrina jurisprudencial enunciada en la STS de 14 de octubre de 2008 [RJ 2008\6913] –caso «PSV»–³⁵, apreciando que, en el caso de que los cooperativistas hubiesen conocido el estado de la cooperativa en el momento de emisión del informe de auditoría, la reacción de los mismos, actuando los remedios que el Ordenamiento jurídico pone a su disposición –frente a la propia cooperativa, sus administradores y frente a terceros– para soslayar o aminorar los perjuicios que finalmente padecieron, hubiese sido más eficaz que el resultado de actuar aquellos remedios más tarde, cuando, ya declarada la suspensión de pagos de la cooperativa auditada, la única solución radicaba en incrementar sus aportaciones o pagos por la adjudicación de las viviendas, con novación objetiva de lo pactado y con una tolerancia forzada ante el desconocimiento del principio «*pacta sunt servanda*».

En el caso resuelto por la antes citada STS de 14 de octubre de 2008 [RJ 2008\6913] se declaró también que la infracción por el auditor de las normas técnicas de auditoría contribuyó a la causación del daño a los cooperativistas que no hubieran aprobado las cuentas de los administradores en el caso de haber conocido la realidad de éstas. El TS estima la responsabilidad civil pretendida por los actores y sin aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad, condena a los codemandados a indemnizar a los primeros los perjuicios padecidos como consecuencia de la crisis económica de la cooperativa, declarada en suspensión de pagos, fruto de una gestión irregular de los fondos aportados por los propios cooperativistas para la adquisición de las viviendas promovidas por la cooperativa³⁶. En este supuesto, aunque no puede entenderse que los cooperativistas hubieran realizado sus inversiones –sus aportaciones a la cooperativa– amparados en la confianza generada en el informe de auditoría, el TS estima la responsabilidad civil de la sociedad de auditoría por haber hurtado a los cooperativistas la ocasión de una pronta respuesta frente a los administradores de la cooperativa que hubiera evitado –o minorado– sus perjuicios económicos –no se les dio la oportunidad de una pronta o tempestiva respuesta o reacción frente a los administradores–, obviando la concurrencia de responsabilidades derivada de la negligente o fraudulenta actuación de los gestores sociales³⁷.

35 RIBOT IGUALADA, J.: «La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro», *op. cit.*, pp. 19 a 21.

36 XIOL RÍOS, J. A.: «Responsabilidad civil por pérdida de oportunidades en los servicios prestados por asesores y abogados», en *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil* (P. DE BARRÓN ARNICHEs, DIR.), Ed. Comares, Granada, 2012, p. 53.

37 CARRASCO PERERA, Á.: «La responsabilidad civil de los auditores llega al Tribunal Supremo», *AJA*, núm. 767/2008, «Tribuna» [BIB 2008\2936].

3.4. Caso «XM Patrimonios» (los inversores de la auditada)

En este supuesto, el informe de auditoría no reflejaba la imagen fiel del patrimonio social ni la situación financiera de la sociedad de valores, finalmente quebrada e intervenida por la CNMV. La acción de responsabilidad civil se ejercita por los inversores de la entidad auditada, frente al auditor y a la sociedad de auditoría «Price Waterhouse Auditores, S.A.», razonando que la CNMV hubiera intervenido antes y eficazmente, en el caso de haberse detectado en el informe de auditoría las irregularidades de la contabilidad y la situación financiera real de la sociedad de valores³⁸.

La STS de 9 de octubre de 2008 [RJ 2008\6042] rechazó la responsabilidad civil de la sociedad auditora demandada –«Price Waterhouse Auditores, S.A.»– argumentando que el fin de protección de las normas de auditoría de cuentas se extiende a los terceros que confían en su veracidad pero no persigue despertar el celo de las agencias públicas de regulación –en este caso la CNMV–, de forma que su tempestiva actuación evite daños a los inversores o acreedores de la entidad auditada³⁹.

4. Los riesgos de desbordamiento del sistema y la teoría de las «flood gates»

4.1. Planteamiento de la cuestión

La extensión de la responsabilidad civil de los auditores a terceros, inversores o acreedores de la auditada, presenta el riesgo cierto del desbordamiento del sistema de responsabilidad civil, consecuencia de la apertura sucesiva de esclusas en las que aparezcan nuevos sujetos que pretendan imputar sus daños económicos al informe de auditoría. Esta circunstancia ha llevado a la doctrina que se ha ocupado del análisis de este ámbito de la responsabilidad civil extracontractual a plantear la cuestión de si ¿la previsibilidad del daño es suficiente, «per se», para abrir las compuertas del sistema?⁴⁰. Para contestar adecuadamente

38 RIBOT IGUALADA, J.: «La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro», *op. cit.*, pp. 17 a 19.

39 Sobre esta STS, de manera crítica con su contenido, argumentado sobre la premisa constituida por el hecho de que el informe de auditoría constituye el instrumento impuesto legalmente en garantía de los derechos de los terceros que se relacionen con la sociedad auditada en el tráfico mercantil y la evidencia de que un informe de auditoría incorrecto no cumple con esta finalidad, siendo susceptible de causar daños a terceros, *vid.*, HERNANDO MENDÍVAL, J.: «El auditor y su responsabilidad civil, según la reciente Sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS de 9 de octubre de 2008», en *www.legaltoday.com*, 17 de noviembre de 2008. *Vid.*, también, sobre su contenido, entre otros, PETIT LAVALL, M^a V.: «La relación de causalidad en la responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros. Comentario a la STS, Sala de lo Civil, Secc. 1^a, 798/2008, de 9 de octubre», en *RDBB*, núm. 114, abril / junio de 2009, pp. 253 a 274; MARÍN GARCÍA, I. y GILI SALDAÑA, M.: «Responsabilidad civil de los auditores frente a terceros por los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones. Obligación de detectar errores y fraudes. Causalidad material y causalidad jurídica. Fin de protección de la norma violada (Comentario de la SST de 9 de octubre de 2008 [RJ 2008\6042])», en *CCJC*, núm. 80, mayo / agosto de 2009, pp. 751 a 778 (§.2123).

40 Con carácter general, sobre el establecimiento de límites a la extensión creciente de la responsabilidad civil extracontractual, pueden verse las contribuciones de CH. VON BAR, D. B. DOBBS, K.D. KERAMEUS y K. ROUSSOS, H. KOZIOL, A. VAN OVELEN, W. V. H. ROGERS, G. VINEY y P. WIDMER, en *The limits of liability (Keeping the Floodgates Shut)*, Ed. Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1996; y en SPIER, J.: *The limits of expanding liability (Eight fundamental cases in a comparative perspective)*, Ed. Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1998.

a esta pregunta ha de tenerse en cuenta también una circunstancia que se encuentra fuera del ámbito de control de las sociedades de auditoría y que radica en la volatilidad de los mercados, lo que supone un notable incremento del riesgo asumido por éstas en la realización de su función profesional. Por otra parte, la apertura de esclusas supone un notable incremento de la dificultad del aseguramiento de esta actividad profesional, habida cuenta de los ingentes daños que pueden ser objeto de aseguramiento, con el consiguiente incremento de las primas. Esta última consecuencia supone, a su vez, expulsar del mercado a las sociedades de auditoría de reducido tamaño, que no puedan hacer frente al pago de las primas de los seguros de responsabilidad civil o simplemente no puedan asegurar su responsabilidad civil, con el consiguiente efecto de reducción de la competencia.

La STS dictada en el caso de los inversores «*XM Patrimonios*» pone de manifiesto que la única conducta razonable y eficiente del inversor consiste en la confianza en el funcionamiento regular de los sistemas de control y de supervisión, de manera que el Ordenamiento jurídico debe proteger una confianza –del inversor o del acreedor– razonablemente fundada en el adecuado funcionamiento de aquellos sistemas y, en particular, de los informes de auditoría.

Un primer dique de contención del sistema se vincula a los supuestos de concurrencia de culpa de los terceros perjudicados, como consecuencia de la aplicación del principio de protección diligente de los propios intereses y que determina la posibilidad de exonerar al auditor de responsabilidad en los tres supuestos que siguen:

- El perjudicado confió exclusivamente en el informe de auditoría, existiendo otros medios de información a los que pudo acudir con facilidad.
- El perjudicado es un experto o profesional, pudiendo exigírsele que verifique la información producida por la empresa en la que fundó su decisión de invertir o de conceder crédito.
- El perjudicado pudo deducir, de manera sencilla y objetiva, los errores cometidos por el auditor de la misma información que éste validó: *v.gr.*, supuestos de información obsoleta, etc.

4.2. Las recomendaciones de la U.E. sobre la limitación de la responsabilidad civil de los auditores

Respecto del régimen jurídico de la responsabilidad civil de los auditores en los distintos Estados que conforma la U.E., las conclusiones del estudio encargado por la Comisión de la U.E. en el año 2001 señalaban que la frecuencia de casos de responsabilidad civil sometidos a consideración judicial no guarda correspondencia con el rigor del régimen de responsabilidad civil de los referidos profesionales que contemplan los Ordenamientos jurídicos comparados. En un informe posterior, elaborado en el año 2005, se advierte del riesgo de colapso de las grandes sociedades de auditoría por las cuantías de las demandas judiciales en curso en virtud de las que se ejercitan acciones de responsabilidad civil.

Ante la situación someramente expuesta en el párrafo precedente, la Directiva 2006/43/CE, *relativa a la auditoría legal de cuentas anuales y consolidadas*, preveía que la Comisión emitiese un informe sobre el impacto de las normas vigentes en la materia en los mercados de capitales y sobre los regímenes de seguro de los auditores. Poco después, la Recomendación

de la Comisión Europea de 5 de junio de 2008, sobre la limitación de la responsabilidad civil de los auditores legales y las sociedades de auditoría⁴¹ exhortaba a los Estados miembros a dirigir sus actuaciones normativas en esta materia en los dos sentidos que siguen:

- 1º) Prudencia de los Estados en las modificaciones normativas, examinando previamente el impacto en los mercados financieros y en las propias sociedades que las reformas pudieran tener.
- 2º) Fijación por ley o en virtud de una cláusula contractual inserta en los contratos de auditoría de la cuantía máxima de la responsabilidad civil, o bien establecer un régimen de parciariedad que suponga limitar la responsabilidad civil del auditor dentro de la contribución real al perjuicio experimentado por el dañado⁴². El vigente art. 22.2 del TRLAC para haber optado por este último sistema. Este precepto es fruto de la Ley 12/2010, en cuya Exposición de Motivos se declara que se trata de establecer un sistema en el que el auditor responda de los daños que le resultan imputables, al tiempo que no se impida el resarcimiento «justo» de los perjudicados.

El establecimiento de un sistema de parciariedad, sustitutivo de la responsabilidad solidaria, se contemplaba ya en la Propuesta de *Libro Blanco* del año 2002, de manera que, cuando en la causación del daño, hayan concurrido los administradores o terceros, los auditores «sólo responderán frente a los perjudicados de una parte del daño proporcional a su participación en la producción del resultado dañoso». Este sistema, si bien tiene el inconveniente de no ser demasiado atractivo para las auditoras de tamaño medio presenta, al menos y con carácter general, las tres ventajas que siguen para los auditores:

1. Disminuye el riesgo de los auditores.
2. Reduce el incentivo a entablar demandas contra las sociedades de auditoría –efecto «*deep pocket*»–.
3. Incentiva la diligencia de los administradores de las sociedades auditadas.

41 DOUE L 162, de 21 de junio de 2008, pp. 39 y ss. Sobre la misma, *vid.* SÁNCHEZ-CALERO, J.: «Recomendación europea limitando la responsabilidad de los auditores», *RDBB*, núm. 111, julio / septiembre de 2008, pp. 259-260.

42 La jurisprudencia, hasta la entrada en vigor de la reforma del art. 11.2 de la LAC/1988, llevada a cabo por la Ley 12/2010, de 30 de junio, establecía la solidaridad entre el autor responsable de las irregularidades en el informe de auditoría y quien, negligentemente, no las ha puesto de manifiesto, sin perjuicio del efecto «*deep pocket*» que determina que resulten estadísticamente frecuentes los casos en los que el auditor ha de hacerse cargo del pago de la obligación indemnizatoria por ser los demás sujetos responsables insolventes o inhallables. Se trata de un modelo favorable para los intereses de los perjudicados, pues, en todo caso pueden contar con el patrimonio de la sociedad de auditoría, que aportará solvencia y, además, con la aseguradora de su responsabilidad civil.

La previsión normativa de una responsabilidad civil proporcional a la responsabilidad en la causación directa de los daños cuyo resarcimiento se pretende es el sistema acogido *v.gr.* en Australia, para el caso de los «*pure economic loss*» por la *Corporate Law Economic Reform Project audit (Reform and Corporate Disclosure) Act 2004* –al tiempo que la *The Treasury Legislation Amendment (Professional Standard) Act 2004* introdujo un límite legal de la responsabilidad–; en USA por la *Private Securities Litigation Act 1995*; y en la legislación federal de Canadá, si bien con algunas excepciones –excluye la responsabilidad proporcional en caso de fraude, se prevé que en el caso de insolvencia de uno de los codemandados afecta a los demás y se reserva al tribunal la facultad de imponer la responsabilidad solidaria cuando lo considere «justo y razonable»–, por la *Canada Business Corporation Act 2001* (que entró en vigor el 24 de noviembre de 2002). Su aplicación exige la determinación del porcentaje de incidencia en la causación del daño, para lo ha de atenderse a la naturaleza de la conducta y a la naturaleza y extensión de la relación de causalidad entre la conducta y los daños.

Habida cuenta de la diversidad de los sistemas de responsabilidad civil de los Estados miembros, la Recomendación de la U.E. dejó abierta la posibilidad de que cada uno de ellos elija el mecanismo de limitación de aquélla que, en el marco del propio sistema, resulte más adecuado dentro de las variantes contempladas:

- a) Fijación de una cuantía indemnizatoria máxima⁴³. Su establecimiento si bien determinaría la facilidad de aseguramiento de la responsabilidad supondría un inexplicable privilegio en el marco de un sistema que no contempla la limitación legal de la responsabilidad subjetiva o por culpa⁴⁴.
- b) Establecimiento de principios que hagan posible que la responsabilidad atienda a la «*contribución real al perjuicio sufrido por el reclamante*».
- c) Permitir la validez y eficacia de acuerdos de fijación de responsabilidad máxima⁴⁵, lo que requerirá que sean susceptibles de revisión judicial; que la limitación sea decidida por los órganos de administración, dirección y supervisión de la entidad auditada y aprobada por los accionistas en junta general –para permitir su oponibilidad a los mismos, en casos de ser éstos quienes, como perjudicados, ejercitasen la acción de responsabilidad civil- y que la limitación conste en la memoria de la entidad auditada. En todo caso, en el Ordenamiento jurídico español tendría el límite derivado de la previsión de los arts. 1102 del CC y 86.2 del TRLGDCU, para el caso de que los perjudicados tuvieran la condición jurídica de consumidores.

El ámbito de aplicación de estos mecanismos de limitación de responsabilidad de los auditores se restringe a la auditoría de sociedades cotizadas (y sus grupos), no afectando a los supuestos de incumplimiento deliberado –o doloso- de deberes profesionales, operando la limitación de responsabilidad tanto frente a la sociedad auditada, como frente a terceros ajenos a ésta, lo que supone introducir un grave inconveniente a la eficacia de las cláusulas convencionales de limitación de la responsabilidad civil, habida cuenta de que se pretende que operen también frente a terceros ajenos al contrato de auditoría. En efecto, con carácter general la delimitación o exclusión –unilateral- de la protección extracontractual de terceros, derivada de la confianza generada en los terceros por el informe de auditoría, debe reputarse ineficaz.

En todo caso, la Recomendación de la Comisión de la U.E. precisa que los límites que se establezcan, legales o convencionales, no deben impedir un «*resarcimiento justo*» de los perjudicados.

43 Así acontece, *v.gr.*, en los Ordenamientos jurídicos de, *v.gr.*, Eslovenia (150.000,00 €), Alemania y Bélgica para el caso de auditorías de sociedades, cotizadas o no (se establecen entre 1 y 4 millones de € y entre 3 y 12 millones de €, respectivamente); y Austria (2, 4, 8 y 12 millones de € a tenor dimensión de la sociedad auditada cotizada).

44 En el llamado *Libro Blanco* de la auditoría de cuentas del año 2002 se preveía el establecimiento de esta limitación cuantitativa de la responsabilidad civil en atención al importe de la fianza contemplada en el art. 35.2 del RAC (300.000,00 €), siendo este un límite obsoleto en el momento presente. El establecimiento de topes en una cifra muy elevada (40 ó 50 millones de €) no sirve de incentivo para que auditoras de tamaño medio puedan competir en el mercado de auditoría de las grandes empresas; mientras que la fijación de límites cuantitativo más bajos, si bien resulta adecuado para propiciar la expansión de firmas de auditoría de tamaño medio, no lo es en relación con las grandes firmas en tanto que éstas carecerían de incentivos para realizar su actividad.

45 Este es el modelo de UK, acogido en la *Companies Act 2006* (2008). En el Derecho inglés el deber de cuidado y, con ello, la responsabilidad del auditor se limita a la entidad auditada y a los accionistas de ésta, contemplados como colectivo y no individualmente.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS AGENCIAS DE CALIFICACIÓN CREDITICIA (AGENCIAS DE «RATING»)

1. Aproximación al régimen de responsabilidad civil de las agencias de *rating*

La creciente importancia alcanzada por las agencias de calificación crediticia, como consecuencia de la también creciente importancia de la información sobre la solvencia de los emisores de productos financieros y de inversión y sobre los productos mismos objeto de emisión ha determinado que hayan sido objeto de atención por las autoridades de regulación comunitaria. Sin embargo, esa atención normativa plasmada, básicamente, en el Reglamento (CE) 1060/2009, de 16 de septiembre, sobre agencias de calificación crediticia (modificado por el Reglamento 462/2013, de 21 de mayo⁴⁶) –que, a tenor de su naturaleza, es de directa aplicación⁴⁷–; así como en el Reglamento (UE) 1095/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados)⁴⁸; y, en el Derecho interno, la Ley 15/2011, de 16 de junio, por la que se modifican determinadas normas financieras para la aplicación del Reglamento (CE) 1060/2009⁴⁹, no se ha manifestado en la realización de previsiones específicas acerca de la responsabilidad civil de naturaleza extracontractual en la que pueden incurrir, como consecuencia de daños o perjuicios padecidos por inversores que hayan tomado su decisión fundándose en informaciones procedentes de estos terceros de confianza que son las agencias de «*rating*». En efecto, la Ley 15/2011 se ocupa del estatuto jurídico de las agencias de calificación crediticia, estableciendo un registro conforme a las exigencias del Reglamento (CE) 1060/2009, las sujeta a la supervisión e inspección de la CNMV –tanto si están establecidas y registradas en España, como si están registradas por otra autoridad competente de la UE y han obtenido la certificación por equivalencia que prevé el art. 5 del Reglamento– y las somete al régimen sancionador del Capítulo II del Título VIII de la LMV –al que se añaden nuevos tipos de infracciones y en el que se adapta el catálogo de sanciones típicas–, en el caso de estar establecidas y registradas en España; pero no contemplaba nada respecto al régimen de su responsabilidad civil –como es común en los sistemas del *civil law* y a diferencia de los sistemas del *common law*⁵⁰–, por lo que resulta

46 DOUE de 31 de mayo de 2013, L 146/1.

47 Sin perjuicio de ello, requiere de algunos desarrollos y adaptaciones normativas por los Estados miembros. Vid. TAPIA HERMIDA, A. J.: *Las agencias de calificación crediticia*, Ed. Aranzdi, Cizur Menor, 2010, p. 75; *ibidem*, «El Reglamento 1060/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las agencias de calificación crediticia (agencias de *rating*)», en *RDBB*, núm. 116, 2009, pp. 306 y ss.

48 Sobre este sistema de supervisión financiera, puede verse, TAPIA HERMIDA, A. J.: «El Sistema Europeo de Supervisión Financiera», en *RDBB*, núm. 121, enero / marzo de 2011, pp. 9 a 60.

49 BOE núm. 144, de 16 de junio de 2011.

50 En efecto, los sistemas del *common law* cuentan con normas destinadas a regular los daños ocasionados por informaciones erróneas, estableciendo previsiones específicas respecto de los supuestos de responsabilidad civil extracontractual por informaciones negligentes, fraudulentas, falsas o inexactas. Sin perjuicio de ello, no deja de llamar poderosamente la atención el nulo papel que han tenido las normas de responsabilidad civil extracontractual

de aplicación el Derecho común en este ámbito⁵¹. Esta situación cambia como consecuencia de la reforma llevada a cabo por el Reglamento (UE) 462/2013, de 21 de mayo, cuyo art. 35.bis –rubricado precisamente «responsabilidad civil»– prescribe que «si una agencia de calificación crediticia ha cometido de forma deliberada o por negligencia grave alguna de las infracciones enumeradas en el anexo III que afecte a una calificación crediticia, los inversores o emisores podrán reclamar a dicha agencia de calificación crediticia indemnización por los daños y perjuicios que hayan sufrido a causa de tal infracción». Por lo tanto, permite imputar la responsabilidad civil a la agencia de calificación crediticia en el caso de daños causados dolosamente y también en los supuestos de concurrencia de culpa grave –reintroduciendo una gradación de la culpa que es ajena, en buena medida, a los sistemas de responsabilidad civil de Derecho continental– en el caso de realización concurrente de alguna de las conductas que se tipifican como infracciones en el Anexo III del Reglamento 1060/2009, que también es objeto de modificación⁵². Asimismo se prevé la validez y eficacia de los pactos de exoneración o de limitación de responsabilidad civil de las agencias de *rating* siempre que la

tual en los numerosos casos de inversiones frustradas, total o parcialmente, realizadas en productos emitidos por entidades que obtenían las mejores calificaciones crediticias en momento temporales inmediatos a su declaración en situación de quiebra. En las escasas ocasiones en las que en la jurisprudencia norteamericana se ha planteado la responsabilidad civil extracontractual de las agencias de «*rating*» el éxito de las demandas fundadas en la misma ha sido nulo. En algunas ocasiones se ha acogido el argumento de considerar los «*ratings*» como meras opiniones acreedoras de la protección de derecho de libertad de expresión (*Jefferson County School District No. R-1 vs. Moody's Investor's Services, Inc.* [988 F. Supp. 1341]) y, en otros, por la ausencia de alguno de los requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad civil por negligencia: la inexistencia de un «*duty of care*» («*First Equity Corporation of Florida, Robert Cornfeld Floyd Watkins vs. Standard & Poor's Corporation*» [670 F. Supp. 115]) o la inexistencia de relación de causalidad entre el *rating* y el daño sufrido por un inversor a causa de confianza derivada del mismo, por entender que tal confianza no es razonable («*Maurice L. Quinn vs. The McGraw-Hill Companies, Inc.*» [168 F.3d 331]). Respecto de este último supuesto, resulta relevante tomar en consideración que la jurisprudencia y la doctrina norteamericana consideran que la causalidad en los casos de daños derivados del suministro de información falsa o inexacta, habida cuenta de la naturaleza del hecho dañoso y a diferencia de lo que acontece en el caso de los daños físicos o materiales, requiere la acreditación de un proceso bifásico consistente en que la transacción o la inversión económica se haya realizado confiando razonablemente en la información ofrecida por la agencia de calificación –que le motiva a tomar la decisión– y que, como consecuencia de dicha confianza, el inversor haya experimentado un daño económico como resultado de la acción llevada a cabo o motivada por aquella confianza –la realización efectiva de la transacción o de la inversión–. Vid. CANE, P.: «The Basis for Tortious Liability», en *Essays for Patrick Atiyah* (P. CANE y J. STAPLETON, Ed.), Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 355 – 360. En la doctrina española, puede verse, TAPIA HERMIDA, A. J.: «La responsabilidad de las agencias de calificación crediticia (agencias de “*rating*”», en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 7, 2010, pp. 55 a 69.

- 51 Entre otros, ALBA FERNÁNDEZ, M. y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, T.: «Las agencias de *rating* como terceros de confianza: responsabilidad civil extracontractual y protección de la seguridad del tráfico», *RDBB*, núm. 120, octubre – diciembre de 2010, especialmente las pp. 171 y ss. (publicado también en *CEF. Legal. Revista Práctica de Derecho*, núm. 19, diciembre de 2010); YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Rating y responsabilidad civil. Una primera reflexión», *RDBB*, núm. 129, enero / marzo de 2013, pp. 258 y ss.; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C.: *La responsabilidad civil de las agencias de calificación crediticia (agencias de rating)*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 177 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y TAPIA HERMIDA, A. J.: «Las agencias de calificación crediticia ante los nuevos retos regulatorios», *RDBB*, núm. 132, octubre/diciembre de 2013, pp. 73 a 76.
- 52 Una primera aproximación a este régimen jurídico puede verse en YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Responsabilidad civil de las agencias de *rating* o agencias de calificación crediticia o comercial (las consecuencias de sus calificaciones sobre economías grandes y pequeñas, los daños de la denegación de solvencia sobre las operaciones comerciales o sobre la financiación empresarial, etc.)», *RRCCyS*, núm. 6, 2014, pp. 21 a 30.

limitación sea razonable y proporcionada y que sea válida de conformidad con el Derecho nacional aplicable (recordemos que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1102 del CC, las limitaciones y exoneraciones de la responsabilidad civil imputable a título de dolo son nulas de pleno derecho).

Hasta la fecha de la entrada en vigor de la reforma a que me refiero al final del párrafo precedente (a los veinte días de su publicación en el DOUE), resultaba necesario plantear la aplicación de las normas de responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de protección de los inversores y de los concedentes de crédito en los supuestos en los que sus decisiones de contenido económico hayan venido motivadas o, simplemente, avaladas por informaciones erróneas o inexactas facilitadas por una agencia de calificación crediticia. Ordinariamente, por razones de eficiencia y de operatividad son los propios emisores de productos financieros y de inversión quienes solicitan su calificación –sin perjuicio de que puedan atribuírseles comportamientos claramente anticompetitivos como puede ser la emisión de informes de «*rating*» no solicitados, la realización de «*notching*» punitivo y la venta de lotes⁵³–, siendo esta pública, lo que permite alcanzar la finalidad perseguida con un coste menor a causa del aprovechamiento de las economías de escala asociadas a la difusión de la información. Así las cosas, el inversor o concedente de crédito resulta ser un tercero respecto de la agencia de calificación crediticia. Con frecuencia se ha considerado que el problema mayor que se plantea, en abstracto, para imputar la responsabilidad civil derivada de un daño puramente económico derivado de una inversión frustrada, a una agencia de «*rating*» que haya calificado la solvencia de un determinado producto o emisor, de manera errónea o negligente –derivada de una incorrecta recopilación, interpretación y/o suministro de la información–, induciendo al inversor a tomar una decisión equivocada, motivada o avalada por la calificación favorable recibida por el producto o por el emisor –y en carácter suficiente, correcto y veraz de esta calificación–, radica en la concurrencia de la relación de causalidad⁵⁴. La Sentencia dictada por el Tribunal Federal de Australia (Sidney) de 5 de noviembre de 2012 estima la responsabilidad extracontractual de la agencia de calificación «Standard & Poors» que dio la máxima calificación crediticia a unos valores comercializados por «ABN Amro» –denominados comercialmente «Fondos Rembrandt»–, cuyos rendimientos o pérdidas estaban en función de la evolución que siguieran unos índices de intercambio de seguros de crédito. El fundamento de la estimación de la responsabilidad de la conocida agencia de calificación radica en el hecho de que realizó manifestaciones engañosas, en tanto que no aplicó un modelo propio para la estimación de las pérdidas, sino uno propuesto por el propio banco, induciendo a los inversores a tomar una decisión económica –la compra de los valores– que determinó, a la postre, importantes pérdidas para éstos (trece municipios australianos) equivalentes al 93% de la inversión, dos años después de haberla realizado.

53 Sobre estas cuestiones puede verse el informe realizado por R. LOSADA LÓPEZ, «Agencias de *rating*: hacia una nueva regulación», www.cnv.es/DocPortal/Publicaciones, enero de 2009. Sobre los *rating* no solicitados, MUÑOZ GARCÍA, A.: «Los *rating* no solicitados», *RDBB*, núm. 129, enero / marzo de 2013, pp. 246 y ss.

54 Así, entre otros, ALBA FERNÁNDEZ, M. y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, T.: «Las agencias de *rating* como terceros de confianza: responsabilidad civil extracontractual y protección de la seguridad del tráfico», *op. cit.*, p. 172.

En el Derecho español, no son pocos los casos en los que se argumenta que la consulta de las calificaciones crediticias o las conclusiones realizadas por las agencias de calificación de riesgo, como entidades especializadas, es el parámetro de diligencia exigible a las entidades mercantiles que celebran contratos de depósitos de valores y de administración de éstos, de manera que si en el momento de la contratación tales agencias no advertían de situación alguna que indujera a sospechar que se trataba de una situación de riesgo, no puede imputárseles negligencia alguna. En este sentido argumenta, *v.gr.*, la SAP Madrid, Secc. 25ª, 370/2012, de 6 de julio [AC 2012\1178], en orden a desestimar la acción de nulidad de un contrato de adquisición de participaciones preferentes de dos bancos islandeses. La improcedencia de la acción de nulidad contractual ejercitada se argumenta en la ausencia de error en el consentimiento, tratándose de un contrato de depósito y administración y no de gestión de carteras de valores, al tiempo que resulta acreditada la amplia experiencia del actor en realizar inversiones en títulos participativos de capital social (la calificación dada por el demandante al producto que se disponía a comprar, no evidencia vicio alguno de consentimiento ni conducta irregular de la demandada, ni incumplimiento del contrato, pues actuó de acuerdo con las peticiones del cliente: falta de expresión de disconformidad a la operación realizada, haciendo suyos los beneficios producidos por las participaciones, ratificando de esa manera cualquier exceso en el mandato).

El nuevo art. 35.bis.I del Reglamento (UE) 462/2013 establece a cargo del inversor perjudicado la carga de probar que confió «*de manera razonable*» en la calificación crediticia ofrecida o hecha pública por la agencia de calificación a la que pretende imputar el daño o perjuicio padecido y cuyo resarcimiento pretende; lo que excluye, obviamente, la posible imputación en aquellos supuestos en los que el tercero fue quien provocó el error al haber facilitado informaciones engañosas o inexactas, además de los supuestos de falta de diligencia y de culpa concurrente.

2. Los criterios de imputación de la responsabilidad civil

Es a propósito de la imputación causal del daño padecido por el inversor que confía en la información suministrada por la agencia de «*rating*» donde adquiere, de nuevo, su virtualidad la doctrina de la imputación objetiva en la forma en la que el TS la ha aplicado en materia de responsabilidad civil de los auditores de cuentas y respecto de la que presenta un especial significado el alcance de la confianza generada en los terceros inversores por las calificaciones crediticias realizadas por la agencia a la que pretendan imputarse los daños experimentados en forma de pérdidas patrimoniales. Pues bien, tanto el papel de terceros de confianza que, con carácter general, tienen las agencias de calificación crediticia en los mercados financieros; como especialmente el que desempeñan en los mercados de activos calificados –es el caso paradigmático de los mercados de fondos de titulación hipotecaria (FTH)⁵⁵–, determinan que atendiendo al principio de protección de las normas que regulan su

55 En estos supuestos, el adquirente de las acciones que cotizan en bolsa (inversor) obtiene un valor nuevo y seguro

actuación, el hecho que ofrezcan calificaciones fraudulentas, falsas, erróneas o negligentes, permiten imputar objetivamente a la agencia de calificación el daño puramente económico que haya experimentado el inversor cuya decisión vino motivada por la calificación del producto o del emisor realizada por aquélla. A estos efectos es obvio que adquirirá una especial relevancia la consolidación del criterio asumido en los PETL y en determinados sectores de la doctrina, de conformidad con el cual, a efectos de considerar probada la concurrencia de la causalidad empírica, junto con la indudable –en este caso– de la imputación objetiva, atendiendo al criterio del fin de protección de la norma de cuidado, es suficiente con acreditar un determinado porcentaje de probabilidad, partiendo de la equiparación de la causalidad probable con la causalidad completa⁵⁶. En relación con esta cuestión ha de traerse a colación el hecho de que, finalmente, no se incorporase al texto del Reglamento 462/2013, de 21 de mayo, la previsión de la presunción de culpa de la agencia de calificación en los supuestos en los que el inversor aportase indicios o «*argumentos razonables*» de haber infringido las normas reguladoras de su actividad profesional, lo que suponía invertir la carga de la prueba del criterio de imputación (así resultaba del Considerando 26 de la Propuesta de Reglamento).

3. La cuantificación de los daños y perjuicios resarcibles

Una cuestión que no resultará de fácil resolución es la atinente a la cuantificación de los daños y perjuicios resarcibles. Para la determinación de éstos, el art. 35.*bis*.IV del Reglamento 462/2013, de 21 de mayo, remite al Derecho nacional que resulte de aplicación.

Como es conocido, en el ámbito de la responsabilidad civil aquiliana o extracontractual rige el principio de reparación íntegra del daño, de manera que el resarcimiento o indemnización debe colocar al perjudicado en una situación similar a aquélla en la que se encontraría si el daño no se hubiera producido. Esta premisa, general y conocida, lleva a afirmar que el resarcimiento consistirá en la diferencia entre la inversión efectivamente realizada, amparada en la confianza generada por el tercero de confianza y el valor de la inversión una vez revelado o descubierto el vicio de información –valorándose la inversión en función del valor de mercado, si éste existe, o mediante técnicas sustitutivas de valoración, como puede ser la referencia a operaciones de mercado coetáneas–, descontándose, en su caso, la pérdida de valor o depreciación que el demandado pueda demostrar que se han debido a otras causas diversas de su negligente actuación. En realidad, esta forma de valoración del daño se

(supervisado por las agencias de “*rating*”) en los que invertir sus excedentes. El problema surge cuando estas titulaciones reciben una alta calificación de las agencias de «*rating*» y, sin embargo, las garantías son insuficientes –como aconteció, señaladamente, con las hipotecas «*subprime*» o de alto riesgo– y los impagos comienzan a crecer, determinando que los fondos de titulación hipotecaria tengan un valor patrimonial nulo, dado que agrupan en su activo participaciones hipotecarias y en su pasivo valores emitidos por cuantía y en condiciones tales que hace nulo dicho valor patrimonial.

56 *Vid.*, MEDINA ALCOZ, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 282 a 288; MARTÍN-CASALS, M.: «La modernización del Derecho de la responsabilidad civil extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil (XV Jornadas de la APDC, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011)*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2011, pg. 38; PEÑA LÓPEZ, F.: *Dogma y realidad del Derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 137.

asemeja al concepto de interés contractual negativo en el ámbito de la responsabilidad civil de naturaleza contractual (esto es, colocar al inversor en la situación equivalente a la que se encontraría en el caso de no haber celebrado el contrato).

Pero las cosas son parcialmente distintas en el caso de los supuestos reconducibles a la tutela aquiliana del crédito, en tanto que pudiera plantearse la posibilidad de la indemnización del interés contractual positivo. Esto es, la indemnización a cargo del tercero de confianza a cuya actuación negligente resulta imputable el daño cuyo resarcimiento se pretende podría hacerse equivaler, en un sistema como el español en el que no existen límites equivalentes a los que se contienen en los §§.122, 179.2 y 307 BGB, al interés de cumplimiento del negocio concertado y frustrado o perjudicado por la actuación del tercero –esto es, a la ganancia que la inversión hubiera representado para el inversor de ejecutarse a tenor de las previsiones del inversor, fundadas en la calificación ofrecida por la agencia de «rating»-. Sin embargo, salvo en los supuestos de dolo del tercero de confianza (como consecuencia de la aplicación analógica del art. 1107.II del CC), el principio general de reparación íntegra del daño, que rige con virulencia en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, se ha opuesto, por algunos autores, como límite eficaz a tal posibilidad⁵⁷. Sin embargo, aun admitiendo su eficacia, no debe impedir resarcir daños que se acrediten por el inversor perjudicado como consecuencia, por ejemplo, de haber modificado sus inversiones, en atención a la calificación errónea recibida, en concepto de pérdida de ganancias. En esencia el debate acerca de la cuantificación de los daños y perjuicios en estos supuestos puede acomodarse al habido en relación con la indemnización de las pérdidas de oportunidad o de «*chance*», cuya indemnización debe realizarse atendiendo no a criterios propios de los daños morales –mediante una valoración discrecional–, como ha hecho el TS hasta la STS de 28 de junio de 2012 [RJ 2012\10403], sino realizando una actuación prospectiva, razonada y argumentada de cuáles habrían sido las ganancias en el caso de que el inversor contara con unas evaluaciones de certificación realizadas de manera diligente y actualizadas a la realidad del mercado.

57 Así, TAPIA SÁNCHEZ, M^a R.: «Consecuencias civiles por inexactitudes u omisiones del folleto informativo de OPA/OPS», *RDBB*, núm. 92, octubre – diciembre de 2003, pp. 85 y 86; y ALEMANY EGUIDAZU, J.: *Auditoría legal (Due diligence y opiniones legales en los negocios mercantiles)*, *op. cit.*, p. 375.