

6.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE OCTUBRE DE 2008

La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Información “defectuosa” (por errónea) y relación de causalidad

Comentario a cargo de:

RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ
Catedrático de Derecho civil (Universidad de Deusto)

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008

Ponente: Excmo. Sr. Don José Ramón Ferrándiz Gabriel

Asunto: Se trataba de resolver en casación una pretensión de responsabilidad promovida por varios demandantes contra una sociedad de auditoría de cuentas y una persona física, miembro de la misma, en la que concurría la condición de ser él mismo auditor de cuentas.

Los demandantes habían entregado considerables sumas a una agencia de valores para que ésta llevase a cabo su inversión.

Fracasado el propósito de los actores, porque la agencia de valores en cuestión fue luego declarada en quiebra, alegaban aquellos el hecho de que los informes de auditoría correspondientes, entre otros, a dos ejercicios anuales consecutivos, habían sido incorrectos, en el sentido de no haber expresado la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad de valores del caso. Lo que había dado lugar –añadían los demandantes– a su quebranto patrimonial.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación de los demandados y, desestimando el recurso de apelación interpuesto por los actores, confirmó la sentencia del Juzgado, fundando su decisión en la ausencia de relación de causalidad.

Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008

La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Información “defectuosa” (por errónea) y relación de causalidad

RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ

Catedrático de Derecho civil (Universidad de Deusto)

Resumen de los hechos

Tres sociedades anónimas (una de ellas, una aseguradora) y una persona física formularon demanda de mayor cuantía contra la firma Price Waterhouse Auditores S.A. y Don Iván, este último auditor de cuentas integrante de la firma en cuestión.

Es irrelevante el hecho de que, en un principio, hubiera habido dos demandas presentadas conjuntamente pero bajo dos representaciones (procuradores) diferentes, pero que luego, como consecuencia de un problema de postulación, tres de los demandantes desistieran de mantener su primera demanda y presentaran otra, separadamente respecto de la de la aseguradora actora. Y es irrelevante, digo, porque finalmente fueron acumuladas las dos demandas. Su contenido y sus pretensiones eran similares.

Alegaron los actores que la sociedad de auditoría había sido designada auditora de sus cuentas anuales por “XM Patrimonios Agencia de Valores S.A.” (en lo sucesivo, “XM Patrimonios”) durante un periodo de nueve años. Añadían los demandantes que la mentada sociedad de auditoría había auditado las cuentas anuales de “XM Patrimonios” correspondientes, entre otros, a los ejercicios de 1993 y 1994. Cuando menciono estos dos ejercicios anuales, porque lo hacían los demandantes, me parece oportuno poner el énfasis en este dato cronológico, porque es posible que la “secuencia histórica” tuviera algún significado para hallar la adecuada explicación a la resolución que me ocupa. Y, sobre todo, para entender su forma de argumentar en materia de relación de causalidad, determinante de la *ratio decidendi*.

Decían los demandantes que el informe de auditoría, *respecto a dichas dos anualidades*, indicaba que las cuentas anuales de la sociedad auditada expresaban la imagen fiel de la situación financiera de la misma, sin contener salvedad

alguna. Pero, añadían los demandantes, en contra de lo que el informe hacía suponer, la situación financiera de la sociedad auditada era considerablemente deficitaria, hasta el extremo de estar en grave riesgo la continuidad de la empresa. Alegaban así mismo los actores que las pérdidas determinantes del desbalance habían sido originadas por el fracaso de determinadas inversiones en el mercado de valores y que, para cubrir sus efectos económicos, Don Pablo, consejero delegado de la sociedad, había utilizado los fondos de los propios clientes. Relataban también los demandantes que en el año 1995, “XM Patrimonios” había sido declarada en estado de quiebra.

Pero lo que realmente constituía el hecho-clave de la demanda (así se dice literalmente en el antecedente de hecho primero de la sentencia) era que, “*con posterioridad a la emisión y depósito de los informes de auditoría*”, los actores habían entregado considerables sumas a la agencia de valores para su inversión. Sumas que, sometidas al mismo tratamiento ilícito, no habían recuperado aquéllos.

Y, siguiendo siempre el texto literal del antecedente de hecho primero de la sentencia, los actores habían concluido sus alegaciones de la siguiente forma: “*Y que el informe de auditoría, en el caso de que hubiera sido exacto y conforme a las normas que lo regulan, habría provocado la inmediata intervención de la Comisión Nacional del Mercado de Valores –la cual, finalmente, tuvo lugar en el año 1995– y ello les habría puesto en guardia para no invertir*”.

Apuntaba yo antes la importancia que, para dotar de un adecuado comentario a esta sentencia, puede tener el *dato cronológico*. Y añado ahora que es también capital, a los mismos efectos de valorar debidamente la doctrina de la sentencia, cuidarse de la fundamentación jurídica de la demanda (en realidad, de las demandas acumuladas), así como de los términos de su *suplico*.

Según se desprende del relato de hechos contenido en la resolución de la Sala Primera, los demandantes habían invocado los artículos 2, 11 y 12 de la Ley de auditoría de cuentas de 12 de julio de 1988, el 86 de la Ley del mercado de valores de 28 de julio del mismo año y los artículos 1.902 y 1.968 del Código civil.

En la “primera demanda” (se supone que la de los tres actores que luego desistieron de ella, para después formular otra), el *suplico*, tal y como se transcribe en la resolución del Supremo, decía: “*...se dicte sentencia en su día, por la que, dando lugar a la demanda, se condene a dichos demandados a pagar a Lepanto, SA, Compañía de Seguros y Reaseguros la suma de 1.491.038.613,-ptas., o la que se fije en período de ejecución de sentencia; a Don Luis Enrique la suma de 253.945.767,-ptas.; a Penedés SA, la suma de 140.825.660,-ptas.; y a Alto Penedés SA., la suma de suma de 10.914.873,-ptas., más los intereses legales desde la iniciación del presente juicio por presentación de la demanda, con expresa imposición a los demandados de todas las costas que se causen*”.

En la “segunda demanda” aquellos tres actores invocaron alegaciones y argumentos semejantes a los de la compañía aseguradora demandante. Y en

ella suplicaron: “...se condene a dichos demandados solidariamente a pagar a Don Luis Enrique la suma de 253.945.767,-ptas.; a Penedés SA, la suma de 140.825.660,-ptas.; y a Alto Penedés SA, la suma de 10.914.873,-ptas., más los intereses legales desde la iniciación del presente juicio por presentación de la demanda, con expresa imposición a los demandados de todas las costas que se causen”. Se observa la introducción del adverbio “solidariamente”. Y, desde luego, que en ambos casos se reclamaba una muy elevada cantidad, próxima a los 1.900 millones de pesetas.

La sociedad de auditoría demandada se opuso a la demanda, invocando los argumentos que en síntesis se expresan en el antecedente de hecho tercero de la sentencia. Llamam la atención al lector, entre otras, dos de las alegaciones de dicha sociedad: en primer lugar, la de que las cuentas anuales auditadas expresaban la imagen fiel de la situación financiera de la sociedad auditada, sin perjuicio de que algunos clientes de la misma tuvieran pérdidas en sus inversiones gestionadas por cuenta ajena por la agencia, lo que el auditor no tenía que conocer porque ello no formaba parte de la situación patrimonial de la misma. Y en segundo término, la crisis económica de la sociedad auditada no provenía de la gestión de sus administradores respecto del patrimonio social, sino de la disposición de sumas de propiedad ajena.

No acierto a entender bien estos “argumentos”.

El auditor demandado, por su parte, afirmó el cumplimiento correcto de sus deberes profesionales y rechazó que fuera aplicable al caso el artículo 1.902 del Código civil. Y también solicitó la desestimación de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda.

La Audiencia Provincial de Barcelona, por el contrario, estimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación de tres de los demandantes y parcialmente el interpuesto por la compañía aseguradora también actora (reduciendo su reclamación a 1.041.038.636 pesetas), más los intereses legales de las respectivas cantidades, desde la interpelación judicial. La condena total por la Audiencia, pues, redondeando, ascendió a 1.446 millones de pesetas

De otro lado, la Audiencia dictó auto de aclaración de su sentencia, en el sentido de que la condena impuesta a los demandados lo era en forma solidaria.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación de los demandados y, desestimando el recurso de apelación interpuesto por los actores, confirmó la sentencia del Juzgado. Su fallo, como veremos más adelante, se fundó en la ausencia de relación de causalidad.

COMENTARIO

Sumario: 0. Advertencia previa. 1. El marco conceptual del problema: la responsabilidad por informar. Y sus “derivados”: no informar o hacerlo de forma incorrecta o defectuosa. 2. El marco legal: el concreto régimen de responsabilidad de los auditores de cuentas 2.1. *La auditoría en las sociedades de valores*. 2.2. *La responsabilidad del auditor de cuentas*. 3. El contraste con la sentencia de 14 de octubre de 2008. 4. Contenido de la sentencia objeto del presente comentario. La *ratio decidendi* de su fallo. 4.1. *Los hechos que la sentencia considera probados*. 4.2. *El motivo primero del recurso y su desestimación*. 4.3. *La desestimación del motivo segundo*. 4.4. *La estimación del tercer motivo de casación*. 4.4.1. La formulación del motivo de casación. 4.4.2. El punto de partida de lo que luego había de ser la *ratio decidendi* de la sentencia: la *conexión causal* hecha por los actores en su demanda. 4.4.3. La relevancia de la auditoría de cuentas. En concreto, en lo que respecta a “terceros”. 4.4.4. Relación de causalidad e imputación objetiva. 4.4.5. Unas palabras de la sentencia sobre la forma en la que la Audiencia había contemplado la relación de causalidad. 4.4.6. Admisibilidad del recurso de casación. 4.4.7. Desenlace de los razonamientos de la sentencia: inexistencia de relación de causalidad, estimación del motivo y desestimación de la demanda. 5. **Recapitulación. Posibles reparos o reservas sobre la doctrina de la sentencia comentada**. 6. **Bibliografía**.

0. Advertencia previa

Cuando el apartado 1 del artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere a la fórmula del Pleno de una Sala (reunión de los Magistrados de las diversas Secciones que la componen), se dice que sus objetivos son “la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales”. Los Plenos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ya relativamente frecuentes y que constituyen la justificación o razón de ser de la presente obra, responden, generalmente, al objetivo de, en efecto, unificar criterios en relación con problemas (“casos”) en los que ha recaído sentencias de la propia Sala inspiradas en criterios distintos y, en ocasiones, notoriamente contradictorios. Es por ello por lo que esa fórmula de Pleno tiene, o puede tener, un cierto significado de “unificación de doctrina”.

De ordinario, insisto, las sentencias del Pleno versan sobre, por así decirlo, “casos” que han llegado al Tribunal Supremo con alguna –mayor o menor– frecuencia. En esa circunstancia, las sentencias del Pleno están inspiradas por el designio de sentar un criterio hacia el futuro, optando por uno de los que, ante un mismo problema, se hubieran podido sustentar por la Sala en sentencias anteriores. De ahí que sea frecuente que en las sentencias de Pleno se haga referencia a líneas jurisprudenciales divergentes del pasado, con explícita mención de concretas resoluciones.

Pero no es ésta la circunstancia de la sentencia que ahora me ocupa. No se trata de un problema “clásico”, en el sentido de abordado con anterioridad y con alguna frecuencia.

Al contrario, el “caso” objeto de la resolución que ahora me ocupa es, puede decirse, inédito o casi inédito. Dicho en otras palabras, un problema “nue-

vo”. En definitiva, se trataba de un pleito –insisto en que podría decirse “nuevo”, en el sentido de carente de precedentes–, en el que se ventilaba la posible culpa profesional de los demandados y, por ende, su responsabilidad.

En las convulsas circunstancias económicas y financieras de los tiempos que corren, todo mueve a suponer que este tipo de demandas pueden ser frecuentes. Y no sólo en relación con auditores y firmas de auditoría, sino, en general, respecto a cuantos profesionales y empresas desarrollan la actividad de prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizarlas por cuenta y por encargo de sus clientes. Pienso, sobre todo, en firmas de todo género (algunas veces de grupos bancarios) que desarrollan funciones de lo que se ha dado en llamar “gestión de patrimonios” o “gestión de carteras”. Todos sabemos que es frecuente que un “gestor de cuentas” bancario, por ejemplo, asesore a un cliente sobre el mayor o menor grado de riesgo de una posible inversión, a efectos de corresponder a la actitud, “conservadora” o “atrevida”, de cada concreto cliente.

Por todo ello, es razonable pensar que el Pleno que dictó la sentencia objeto de este comentario obedeció al propósito de establecer una doctrina para pleitos similares que puedan producirse en el futuro. Si es así, se trataría de una especie de “designio de precedente”.

No obstante, es digno de señalarse que pocos días después de pronunciarse la sentencia de Pleno a la que ahora me refiero, la Sala Primera dictó otra, del día 14 del mismo mes de octubre de 2008, a la que luego aludiré, que, por lo menos, *parece* seguir una línea de razonamiento diferente.

1. El marco conceptual del problema: la responsabilidad por informar. Y sus “derivados”: no informar o hacerlo de forma incorrecta o defectuosa

1. El problema objeto de la sentencia que comento puede inscribirse, desde el punto de vista conceptual (o “dogmático”), en el sugestivo ámbito de lo que podríamos llamar “*responsabilidad por informar*”. Utilicé esta expresión, precisamente, en un trabajo de hace ya unos años. En concreto, en el libro colectivo *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coordinador, MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2000, obra en la que se recogieron las intervenciones integrantes de las I Jornadas Internacionales sobre responsabilidad civil, organizadas por el Departamento de Derecho civil de la Universidad de Alicante. Mi trabajo, como decía titulado “*Responsabilidad por informar*”, se halla en las páginas 171 a 203 de aquella publicación de entonces.

La responsabilidad en que se puede incurrir por dar a otro –o, en su caso, por no dar– informaciones que luego causan algún “perjuicio” a quien las recibe, es una cuestión que siempre me pareció muy atractiva.

El hecho de *informar* constituye una forma de “acción”, a efectos del artículo 1.902 del Código civil y, en definitiva, a efectos de la “dissección” de los elementos, ingredientes o presupuestos determinantes del deber de responder, que presenta unos rasgos muy particulares.

En primer lugar, porque la *acción de informar* tiene, por parte de quien la realiza, una notable dosis de lo que podríamos llamar actividad intelectual. En efecto, y prescindiendo ahora de las muy variadas expresiones que puede tener la acción de que alguien informe de algo a otro, es claro que tal conducta entraña, por parte de quien la realiza, una previa acción de “conocer”.

En segundo término, y como acabo de decir, son múltiples las situaciones en las que alguien *informa*. Lo hace el autor de un libro de Medicina, pongamos por caso, cuando en su obra da cuenta o noticia de sus conocimientos, o simplemente de sus opiniones, en torno a la realización de una técnica quirúrgica. Informa también el que, participando en unas negociaciones o tratos preliminares, formula –a la otra parte de esos tratos– manifestaciones sobre el que, de llegar a concertarse el contrato, constituiría su objeto. Informa así mismo el fabricante de un producto que, en su publicidad o en el folleto explicativo de sus condiciones de uso, expresa las características del bien y las instrucciones para su adecuado uso o consumo. Del mismo modo, informa el abogado al emitir un dictamen o el médico al formular un diagnóstico o un pronóstico. En este último caso, el del médico, el deber de información ha sido y es, precisamente, objeto de una especial y pormenorizada regulación legal.

Puede decirse también que *informa*, aunque no sea éste el único propósito, el titular de una instalación industrial que advierte del “*prohibido el paso a toda persona ajena a la empresa*”, o del “*alta tensión*”. E incluso el dueño de la casa que anuncia la existencia de perros. Del mismo modo que informa la agencia de viajes al preparar un recorrido turístico al cliente.

Y, en fin, como obligación accesoria o secundaria, la de informar se integra en muchas relaciones contractuales. Piénsese, sólo como ejemplos, en la *información* del asegurado al asegurador, o en la del agente a su mandante o principal.

La información, es, además, la razón de ser de una parcela tan considerable del Derecho como es la que genéricamente podríamos denominar *sistema registral*, en sus diversas expresiones o manifestaciones. En este sentido viene a cuento (porque también se planteó una “cuestión” de relación de causalidad, como en la sentencia objeto de este comentario) la cita de la de 21-4-08 (RJ 2008/4606), recaída en la reclamación formulada contra un registrador de la propiedad: omisión de una condición resolutoria inscrita, en la certificación de cargas expedida para constancia en un procedimiento de ejecución forzosa.

En tercer lugar, la información no es siempre sólo eso, sino que a veces lleva consigo una recomendación, o un consejo, o una “indicación” sobre un posible modo de actuar (por parte del *informado*, se entiende).

En cuarto lugar, la acción de informar, que como tal podríamos considerar “inocua”, puede dar lugar al desenlace de que el *informado* actúe, en efecto, de una determinada manera; viniendo a resultarle, por ello, un perjuicio.

Naturalmente, en tantos casos de *información* como pudiéramos imaginar (intenté una cierta sistematización en mi trabajo antes citado), el problema reside en la hipótesis de que quien informa lo hace *mal*; es decir, realiza una información que resulta ser “defectuosa”, por equivocada o errónea.

A mayor abundamiento, debe contemplarse la hipótesis en que la eventual responsabilidad deriva, no de informar, sino de no hacerlo. Esto es, de *no informar* en absoluto, o de hacerlo de forma incompleta.

Inmediatamente se plantea, o puede plantearse, un problema de relación de causalidad.

Ciñéndome ahora al caso de que la información sí se suministra, pero de forma culposamente incorrecta, el problema radica en algo tan complicado como es contestar a la pregunta de si la información fue o no *la causa* de la decisión (de dañosas consecuencias) adoptada por el receptor de la información.

Entran aquí en juego las arduas cuestiones sobre la causalidad virtual o hipotética; en definitiva, sobre los cursos causales no verificables, en los que la pregunta a responder es la de *lo que pudo haber sido*. En primer lugar, porque entre la información y el resultado dañoso ha mediado la voluntad del *informado* de actuar (o de no hacerlo) de una determinada manera. Y en segundo término, porque, sin perjuicio de la culposa inexactitud de la información, no es seguro que, si hubiese sido la correcta, las cosas habrían discurrido de forma distinta de la que lo hicieron. Entre otros motivos, porque las circunstancias de un determinado caso pueden conducir al argumento de que sobre el *informado* pesaba la *carga* de haber recurrido a otras fuentes de conocimiento; por ejemplo, una “segunda opinión”, un *informante* más cualificado, etc.

Añádase a todo ello una cuestión que, precisamente en relación con la eventual responsabilidad de los auditores de cuentas, se ha venido planteando en la doctrina y en la jurisprudencia extranjeras. Me refiero al problema consistente en la determinación del destinatario del informe del auditor. Si, como parece no dudoso, cabe hablar de destinatarios en plural (la sociedad auditada y sus socios), podría ponerse en tela de juicio la admisibilidad de la demanda planteada por un *tercero*, esto es, por quien no fuese la sociedad ni un socio de la misma. Es digno de tenerse en cuenta, precisamente en el caso resuelto por la sentencia que nos ocupa, que la sociedad de auditoría demandada alegó en su contestación, entre otros argumentos, el de que el informe de auditoría iba destinado a la sociedad auditada y a sus socios, a fin de que aprobasen las cuentas anuales correspondientes, “*sin ninguna previsión de que trascendieran a terceros*”.

2. Mi interés, del que antes hablaba, por el problema de la *responsabilidad por informar*, estuvo en su día estimulado por la lectura de la magnífica mono-

grafía de SINDE MONTEIRO titulada *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989. El autor, entre otros, aludió precisamente al caso de la responsabilidad de los auditores de cuentas, con apreciable aportación de jurisprudencia extranjera al respecto; sobre todo, norteamericana.

Por aquel entonces, cuando escribí mi trabajo, PANTALEÓN PRIETO había publicado su excelente libro *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, Madrid, 1996. También en 1996, Colex, Madrid, se había hecho una cierta alusión al problema de la responsabilidad de los auditores en una monografía de MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, *La responsabilidad civil profesional (de los teleinformáticos, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos-peritos, médicos-peritos y de los peritos judiciales en general)*.

Más tarde, Dykinson, Madrid, 1999, se publicó una monografía en la que la responsabilidad por informar estaba también presente. Me refiero a la de FRADES DE LA FUENTE, titulada *La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes*.

Luego, Marcial Pons, Madrid, 2002, se abordó precisamente el caso de la información de los auditores en el libro de GARRETA SUCH titulado *La responsabilidad de los auditores por no detección de fraudes y errores*.

Más recientemente (Aranzadi, Cizur Menor, 2007), DÍAZ ECHEGARAY publicó la también valiosa obra *Los deberes y la responsabilidad civil de los auditores de cuentas*.

3. La jurisprudencia ofrece casos relativamente frecuentes de responsabilidad por no informar, o hacerlo incorrectamente. En concreto, en la actividad bancaria o en la de determinados profesionales. En este último ámbito, predominan las sentencias sobre responsabilidad del médico, pero también hay alguna referida a la del abogado. Ahora me limito a la mención de algunas resoluciones recientes o que versaron sobre situaciones parecidas a la de la sentencia objeto de este comentario.

La sentencia del Tribunal Supremo de 15-7-08 (RJ 2008/4479) declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por una caja de ahorros, sociedad cooperativa, contra la sentencia de la Audiencia que la había condenado a indemnizar a la sociedad anónima demandante por el hecho de que el director de una sucursal de la entidad de crédito había declarado “conformes” unos cheques librados por una tercera entidad, una sociedad limitada (“Producciones Artísticas Tánger S.L.).

“Tánger”, en pago de la deuda nacida de un contrato oneroso con la demandante, entregó a esta última quince cheques librados por una persona física contra la cuenta corriente de la que era titular en una sucursal de “Caja Rural del Jalón”. La luego actora había exigido a “Tánger” que el librador de los cheques obtuviera de la Caja librada declaraciones de conformidad de los che-

ques. Dichas declaraciones fueron emitidas por el director de la sucursal de la Caja, que expresó, en el reverso de cada título, que “es conforme este cheque de pesetas 3.250.000..., en cuanto a importe y firma”.

Como los cheques no fueron pagados por falta de fondos, la tenedora formuló demanda contra la deudora contractual y la Caja librada.

El Juzgado había desestimado la demanda, pero no porque las referidas declaraciones y sus consecuencias no fueran imputables a la Caja demandada, sino por considerar que los cheques no habían sido pagados a causa, no de la actuación del director de la sucursal, sino de la situación patrimonial del librador.

La Audiencia, no obstante, después de calificar la acción ejercitada en la demanda como dirigida a exigir una responsabilidad extracontractual, condenó a la Caja demandada a pagar a la actora el importe de los títulos, más intereses y gastos.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación de Caja Rural del Jálón. La Sala Primera aceptó el razonamiento de la Audiencia de que la Caja demandada era la persona jurídica responsable extracontractualmente, como garante, de los daños y perjuicios causados por su dependiente y apoderado a la tomadora de los cheques, “*al suscitar en ella la errónea creencia de que el librador tenía fondos, lo que le llevó a contratar y, al fin, a ver frustradas unas expectativas de cobro que fundamentalmente consideró ciertas*”.

Es de interés reproducir lo que la Sala Primera manifestó, precisamente, en punto a la relación de causalidad que se había discutido. Dijo el Supremo:

“Como se ha dicho, la sentencia recurrida contiene la afirmación de que la actuación del apoderado de la ahora recurrente generó una apariencia de la solvencia de quien había elegido el cheque como instrumento de pago, en la que confió fundamentalmente ION Música, SL para celebrar un contrato con Producciones Artísticas Tánger, SL, que no hubiera perfeccionado en otro caso y que fue la fuente de un derecho de crédito no satisfecho por la otra contratante ni por el librador de los títulos.

Ante esos hechos procede concluir afirmando que la conexión causal, compleja, existente entre la generación de una falsa apariencia de solvencia, producida por las declaraciones de conformidad, a las que la demandante había condicionado la celebración del contrato y la insatisfacción del crédito de la misma, ha sido correctamente percibida por el Tribunal de apelación al declarar que la ahora recurrente debe restablecer ‘la situación patrimonial que hubiera debido existir de no haberse interpuesto aquella indebida conducta’ de quien actuó en su representación en la ocasión a que nos referimos”.

También se encuentra un ejemplo de responsabilidad por no informar, o por hacerlo indebidamente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Viz-

caya de 7-11-05 (TOL 954.984). Se condenó a una sociedad de valores por diversos motivos, entre ellos el de no haber informado a unos inversores sobre la situación de las obligaciones hipotecarias en las que se había *colocado* su dinero.

Y he tenido conocimiento (aunque no sé que esté publicada), de una sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 53 de Barcelona, de 13-10-08, en la que se condenó a “Banco B.” a indemnizar a la demandante por haber incumplido la obligación contractual de información, diligencia y lealtad asumida en su día frente a la parte actora, con ocasión del contrato formalizado entre ambas en relación con la suscripción de acciones de una determinada sociedad extranjera.

Alegó la parte actora que había suscrito acciones de dicha sociedad extranjera porque el banco demandado le había garantizado que sería informada puntualmente de los movimientos de la sociedad extranjera en cuestión, de manera que pudiera decidir qué hacer si las cotizaciones perdían valor o se presentaba otra incidencia. Añadió la demandante que el banco demandado no le había informado de que la cotización de la sociedad extranjera iba bajando día a día. Añadía además la demandante que existía un evidente conflicto de intereses, una colisión entre el deber del banco de informar al cliente y su interés de que éste mantuviera su inversión, para cobrar una comisión por el mantenimiento de la misma.

La sentencia estimó parcialmente la demanda, condenando al banco demandado a indemnizar a la actora en un 85% del daño experimentado por esta última.

Es de interés señalar que si la indemnización se redujo en un 15% fue por apreciar una conducta negligente en la propia sociedad demandante. La sentencia argumentó diciendo que la sociedad actora era concedora de que se trataba de una inversión de riesgo y que debía haber extremado también su diligencia, en orden al seguimiento de la evolución de la sociedad extranjera en la que se había hecho la inversión, sobre todo teniendo en cuenta que la demandante podía consultar las posiciones de la referida sociedad en la página web del banco demandado o por otros medios. Manifestó así mismo la sentencia que la demandante, a pesar de recibir como última información la posición integrada a fecha 5 de julio de 2007, tampoco solicitó ninguna información a su asesor hasta el 27 de agosto del mismo año. En suma, la resolución admitió la existencia de una “culpa concurrente” de la sociedad demandante.

4. Para terminar este apartado, no está de más señalar que algunos ordenamientos jurídicos europeos contienen reglas específicas que pueden dar cabida a casos de responsabilidad derivada del hecho de informar.

Así, el parágrafo 676 del Código civil alemán dispone: “*Quien da a otra persona un consejo o recomendación, no queda obligado, sin perjuicio de la responsabilidad resultante de una relación contractual o de un acto ilícito, a la reparación del daño derivado del hecho de haberse seguido el consejo o la recomendación*”.

También es de interés el párrafo 1.300 del Código civil austríaco, por cuya virtud “*un perito es también responsable si, mediando remuneración, presta por descuido un consejo perjudicial en extremos de su arte o ciencia*”. A lo que se añade que, “*excepto en este caso, quien da un consejo sólo responde por el daño que cause conscientemente a otra persona como consecuencia de la prestación del consejo*”.

Por su parte, el artículo 485 del Código civil portugués, que lleva por epígrafe el de “consejos, recomendaciones o informaciones”, dispone: “*1. Los simples consejos, recomendaciones o informaciones no responsabilizan a quien los da, aunque haya negligencia por su parte. 2. La obligación de indemnizar existe, sin embargo, cuando se haya asumido la responsabilidad por los daños, cuando se tenga el deber jurídico de dar el consejo, la recomendación o la información y se haya procedido con negligencia o intención de perjudicar, o cuando la conducta del agente constituya hecho punible*”.

2. El marco legal: el concreto régimen de responsabilidad de los auditores de cuentas

2.1. La auditoría en las sociedades de valores

Interesa señalar que si “XM Patrimonios” estaba sujeta a auditoría era, precisamente, por ser una sociedad de valores.

Conviene también recordar, a estos efectos, que, según el artículo 64.1 de la Ley de 28 de julio de 1988, del mercado de valores, las sociedades de valores son unas de las empresas de servicios de inversión reguladas en los artículos 62 a 76 bis de la citada Ley. El apartado 2 del mismo artículo 64 dice que “*las sociedades de valores son aquellas empresas de servicios de inversión que pueden operar profesionalmente, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y realizar todos los servicios de inversión y actividades complementarias previstas en el artículo 63*”. Y según el apartado 1 de este último artículo, el 63, se considerarán servicios de inversión los siguientes: a) La recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros. b) La ejecución de dichas órdenes por cuenta de terceros. c) La negociación por cuenta propia. d) La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores. e) La mediación, por cuenta directa o indirecta del emisor, en la colocación de las emisiones y ofertas públicas de ventas. f) El aseguramiento de la suscripción de emisiones y ofertas públicas de venta.

Pues bien, el artículo 86 de la misma Ley del mercado de valores, en su apartado 1, determina que las cuentas e informes de gestión individuales y consolidados correspondientes a cada ejercicio de las entidades citadas en el número 1 del artículo 84 deberán ser aprobadas dentro de los cuatro meses siguientes al cierre de aquél, por su correspondiente junta general, “*previa realización de auditoría de cuentas*”. Entre las entidades del apartado 1 del artículo

84, a las que se refiere el 86.1 que acabo de transcribir, se encuentran (letra c) “*las empresas de servicios de inversión españolas*”. Y la sociedad de valores, como hemos visto, es una “empresa de servicios de inversión”; me remito al antes citado artículo 64.1.

Por todo ello, las sociedades de valores están sujetas al régimen de publicidad de las cuentas anuales establecido en los artículos 218 a 222 de la Ley de sociedades anónimas. Como es sabido, el artículo 218 dispone el depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, mediante certificación de los acuerdos de la junta general de aprobación de dichas cuentas, a la que se adjuntará, entre otros documentos, un ejemplar del informe de los auditores, cuando la sociedad esté obligada a auditoría o ésta se hubiera practicado a petición de la minoría.

Recuérdese que los demandantes de nuestro caso habían fundado su demanda, entre otros, en el mentado artículo 86 de la Ley del mercado de valores.

2.2. *La responsabilidad del auditor de cuentas*

1. Como he señalado antes, entre los preceptos sustantivos en los que los actores habían fundado su demanda se encontraban los artículos 2, 11 y 12 de la Ley de auditoría de cuentas, de 12 de julio de 1988.

a) Es fácil deducir que la invocación del artículo 2 era por cuanto dicho precepto regula, entre otras cosas, el contenido del llamado “informe de auditoría de las cuentas anuales”.

Se define como documento mercantil en el que se contendrán, al menos, los datos que, en sucesivas letras, enumera el apartado 1 del artículo.

De entre esos “datos”, procede la reproducción de lo que se declara en la letra e). Se dice en ese lugar:

“Manifestación explícita de que los datos que figuran en la memoria contienen toda la información necesaria y suficiente para interpretar y comprender adecuadamente la situación financiera y patrimonial de la empresa o entidad auditada, así como el resultado obtenido en el ejercicio, con incorporación, en su caso, de aquellos comentarios que complementen el contenido del mencionado documento”.

Por otro lado, el apartado 2 del mismo artículo dispone que, con independencia de lo mencionado en el anterior apartado 1, el auditor de cuentas manifestará en el informe de forma clara y precisa su opinión sobre los extremos que a continuación enumera ese mismo apartado 2. De entre esos “extremos”, sobre los que el auditor expresará su opinión “de forma clara y precisa”, interesa sobre todo el descrito en la letra a), que reza:

“Si las cuentas anuales examinadas expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa o de la entidad auditada o, en su caso, las razones por las que no lo expresan”.

b) Los demandantes invocaron también el artículo 11 de la Ley de auditoría de cuentas. Con toda justificación, puesto que se trata del precepto que en dicha Ley dispone el régimen específico de responsabilidad del auditor de cuentas en el desempeño de su actividad.

En su redacción originaria, ese artículo 11 establecía:

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

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

No obstante, y haciéndose uso de la lamentable técnica legislativa a la que ya estamos tan acostumbrados, el mentado artículo 11 de la Ley de auditoría de cuentas fue modificado por el artículo 52 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, sobre medidas de reforma del sistema financiero, de suerte que el texto actual es el siguiente:

“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.

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

No es fácil adivinar a qué propósito respondió la modificación que acabo de mencionar.

En efecto, la nueva redacción del apartado 1 no entraña, a mi juicio, ninguna novedad respecto al texto del mismo apartado en su versión originaria.

En primer lugar, la eliminación de la alusión a la responsabilidad “directa y solidaria” de los auditores no puede tener ningún significado *real*. Es claro que el auditor, como cualquier *agente* de un daño, responde *de forma directa*. ¿De qué otro modo podría ser?

En cuanto a la *solidaridad*, no es menos claro que ésta debe ser la forma de responsabilidad, si el daño fuese consecuencia de la acción conjunta de dos o más auditores y en un mismo informe. Así habría de ser en todo caso, en virtud de la ya asentada doctrina jurisprudencial que dispone precisamente un régimen de responsabilidad solidaria cuando el daño es consecuencia de la actuación de dos o más *agentes*.

Tampoco se entiende demasiado que en la nueva redacción se suprimiese la alusión a la responsabilidad del auditor “frente a terceros”. Tal responsabilidad “frente a terceros” tendría siempre perfecto encaje en el régimen “común” de responsabilidad del artículo 1.902 del Código civil. Es decir, en el marco de la llamada responsabilidad extracontractual.

Todo ello, sin embargo, no impide decir que la reforma, en lo que respecta al apartado 1, fue razonable desde el punto de vista de una rigurosa técnica legislativa, al puntualizarse ahora que la responsabilidad del auditor, por incumplimiento de sus obligaciones, será “según las reglas generales del Derecho privado”. Dicho de otro modo: el texto actual mejora el anterior –desde un punto de vista técnico, insisto–, porque la remisión a las “reglas generales del Derecho privado” permite subsumir la responsabilidad del auditor en las estructuras, principios y conceptos del que podríamos denominar *régimen general de la responsabilidad*.

En concreto, entrará en juego el *sistema* de responsabilidad contractual en lo que se refiere a los daños que pudiera experimentar la entidad auditada. Y será de aplicación el de la responsabilidad extracontractual en el caso de que quien sufra el perjuicio sea *un tercero*, esto es, cualquier sujeto distinto de la entidad objeto de la auditoría; tendría cabida, entre otras, la hipótesis de que un tercero resultara dañado como consecuencia de haber confiado en la corrección y exactitud de un informe de auditoría que luego se acredita haber sido erróneo o equivocado.

Por cierto, me parece que la acción de un tercero frente al auditor por incumplimiento de las obligaciones incumbentes a este último tiene su asiento en el concepto mismo de auditoría de cuentas, que se encuentra en el apartado 1 del artículo 1 de su Ley reguladora. Se dice en ese lugar que “*se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquélla tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros*”. Se entiende el significado de la definición. Lo que ocurre es que, a mi juicio, no es muy afortunada la expresión “*frente a terceros*”. En rigor, considero que tendría que haberse dicho “*respecto a*” o “*en relación con*” terceros.

c) También alegaron los demandantes de este caso, como fundamentos jurídicos de su pretensión, los artículos 1.902 y 1.968 del Código civil.

La referencia al primero de ellos me parece impecable, aunque la demanda fuera anterior a la modificación, antes citada, del artículo 11 de la Ley de au-

ditoría. Parece claro que la redacción originaria no estaba en colisión, sino en yuxtaposición, con el régimen común de responsabilidad que el artículo 1.902 dispone.

d) Alguna extrañeza produce el hecho de que los demandantes se ampararan también en el artículo 1.968. Sólo cabe la interpretación de que, con ello, querían anticiparse a una eventual excepción de prescripción por parte de los demandados. Me refiero, claro está, a las palabras con las que acaba el número 2º del mentado precepto (“*desde que lo supo el agraviado*”).

e) De otro lado, hay que hacer notar que la sentencia citó también la disposición final primera de la Ley de auditoría de cuentas. Todo mueve a suponer que este precepto, que no consta en la resolución como invocado por los actores en su demanda, se puso de manifiesto a lo largo del procedimiento.

Y cumple advertir que la mención es obligada a los efectos del presente comentario, porque, como luego veremos, el fallo desestimatorio de la demanda, por parte de la Sala Primera, tuvo su fundamento en el hecho de que la “denuncia” a la que se refiere dicha disposición final primera sólo coincidía “remotamente” con el incumplimiento, por el auditor, de su deber de descubrir las irregularidades y fraudes en la revisión y verificación de los documentos contables de “XM Patrimonios”.

La disposición final primera en cuestión establece que los auditores de las cuentas anuales de ciertas entidades tienen la obligación de comunicar rápidamente por escrito al Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Dirección General de Seguros, según proceda, cualquier hecho o decisión, sobre la entidad o institución auditada, del que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones y que pueda:

a) Constituir una violación grave del contenido de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que establezcan las condiciones de su autorización o que regulen de manera específica el ejercicio de su actividad.

b) Perjudicar la continuidad de su explotación, o afectar gravemente a su estabilidad o solvencia.

c) Implicar la abstención de la opinión del auditor, o una opinión desfavorable o con reservas, o impedir la emisión del informe de auditoría”.

3. El contraste con la sentencia de 14 de octubre de 2008

Para intentar desentrañar el significado de la doctrina contenida en la sentencia del Pleno que motiva este comentario, parece oportuno hacer una espe-

cie de “alto en el camino” y someterla a contraste con otra sentencia de la Sala Primera, de muy pocos días después.

En efecto, es digno de señalarse que, pocos días después de la sentencia que nos ocupa, en concreto el 14 de octubre de 2008, la Sala Primera (no en régimen de Pleno, sino en el *normal o habitual*), dictó otra (JUR 2008/351372), en la que, concurriendo también la actuación culposa de un auditor, se llegó a un desenlace de estimación (en parte) de la demanda de los actores, siendo así que la Audiencia la había desestimado íntegramente.

Se da además la circunstancia (curiosa casualidad) de que el ponente fue el mismo que el de la sentencia del Pleno que motiva el presente comentario, esto es, el Señor Ferrándiz Gabriel.

Se trataba de un “caso” que en su día tuvo mucha notoriedad, como consecuencia del elevado número de afectados (fueron también muchos los demandantes) y por otras circunstancias que ahora no vienen a cuento. Me refiero a lo que en su momento se calificó como “escándalo de la cooperativa PSV”.

Un elevado número de personas habían resultado adjudicatarias de viviendas promocionadas por dicha cooperativa, sobre todo en la zona sur de Madrid. Como consecuencia de una grave crisis económica de la cooperativa, declarada en su día en suspensión de pagos, y debido a la gestión irregular de los fondos que habían aportado los cooperativistas para la adquisición de sus viviendas, éstos tuvieron que hacer frente al pago de derramas para la reanudación y conclusión de las obras, pese a haberse convenido en los correspondientes contratos la fórmula de un “precio cerrado”.

Muchos de los adjudicatarios de viviendas (en los antecedentes de hecho de la sentencia se cita hasta un número 451, aunque omitiéndose los nombres a efectos de difusión) entablaron demanda contra la firma de auditoría Ernst & Young S.A., contra Don Jesús María, auditor perteneciente a dicha empresa, y contra una compañía aseguradora con la que la firma auditora tenía cubierto el riesgo de responsabilidad civil.

La demanda fue en reclamación de una cantidad equivalente a las derramas y costes que debieron pagar los actores para la reanudación y conclusión de las obras. Y la pretensión de los actores se fundaba en que el auditor y la sociedad en la que estaba integrado no habían revisado y verificado correctamente los documentos contables de la cooperativa auditada, correspondientes a los ejercicios de los años 1991 y 1992. En suma, por no haber reflejado en su informe la “verdadera y crítica situación” de la cooperativa en cuestión.

El Juzgado había estimado parcialmente la demanda, condenando en forma solidaria a los demandados a abonar a los actores el importe de las derramas reclamadas en la demanda, más el interés legal devengado desde la fecha de su interposición. Así mismo, condenó a los demandados a abonar de forma solidaria el sobrecoste abonado por los demandantes por los conceptos de reinicio

de las obras, repastos y puesta en marcha de los trabajos de ejecución de las viviendas y revisión de precios, a determinar en ejecución de sentencia de conformidad con las bases que constaban en el fundamento jurídico noveno de la propia sentencia del Juzgado. Desconocemos, porque no se desprende de la sentencia del Supremo, en qué medida y por qué motivos fueron desestimados parte de los importes que para cada actor se habían especificado en la demanda, constitutivos, en su conjunto, de una cuantiosa suma. El Juzgado desestimó las restantes pretensiones deducidas en la demanda.

El Juzgado aplicó el artículo 11 de la Ley de auditoría de cuentas, naturalmente en su redacción originaria.

La Audiencia, no obstante, estimó el recurso de apelación de los demandados y desestimó la demanda. La Sala de apelación declaró que no negaba “la infracción ... de determinadas normas técnicas de auditoría” y que estaba de acuerdo con la sentencia apelada “en cuanto a la apreciación de determinados incumplimientos por la auditora demandada al elaborar los informes de auditoría”, pero fundó su fallo estimatorio del recurso de los demandados en el argumento de que no había existido relación causal entre esos incumplimientos de la firma auditora y la insolvencia de la cooperativa PSV. Declaró la Audiencia que la insolvencia de la entidad había sido consecuencia directa de la gestión de sus propios rectores.

Los demandantes interpusieron recurso de casación fundado en cuatro motivos, de los cuales sólo se admitieron dos, el primero y segundo del escrito de interposición.

En la segunda parte del motivo primero, así como en el segundo, los recurrentes sostuvieron que la Audiencia había infringido el artículo 1.902 del Código civil, al negar la relación causal adecuada entre el incumplimiento de los deberes profesionales del auditor y el daño patrimonial por ellos sufrido. Puntualizaban que en la demanda habían afirmado, no que el deficiente informe de auditoría hubiera sido causa inmediata y única del daño, sino que había contribuido con otras concausas adecuadamente a producirlo. Dicho de otro modo, y según se manifiesta en la sentencia del Supremo, los recurrentes no imputaron el daño a la probada negligencia profesional de los auditores como su causa directa, única o principal, sino que atribuyeron a la misma una condición de complemento de ésta, con el argumento de que, al no haber puesto de manifiesto a los socios la verdadera situación económico-financiera de la cooperativa, habían impedido de hecho a los mismos adoptar una decisión oportuna y adecuada en defensa de sus intereses.

Al resolver acerca de este motivo, la sentencia razonó sobre la base de la *imputación objetiva*, con invocación, también, de la idea de *juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales*. Dijo al respecto:

“El presupuesto de responsabilidad negado por el Tribunal de apelación se reconstruye, en una primera fase, con la aplicación de la regla de la

‘conditio sine qua non’, conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado. Y, también, la de la ‘equivalencia de condiciones’, según la cual, en caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas como iguales en su influencia causal si, suprimida imaginariamente cualquiera, la consecuencia desaparece también.

Afirmada la relación causal según dichas reglas, elaboradas por la lógica, en una segunda fase se trata de identificar si hay causalidad conforme a una valoración jurídica, para lo que entran en juego criterios normativos que justifiquen la imputación objetiva de un resultado a su autor y permitan otorgar, previa discriminación de todos los antecedentes causales del daño, en función de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto.

Como se ha apuntado, se trata en esta segunda etapa de construir la causalidad según una visión jurídica, asentada sobre juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción tiñe de antijuridicidad el comportamiento considerado fuente de responsabilidad.

El referido planteamiento es el seguido por la jurisprudencia en la aplicación del artículo 1902 del Código Civil –sentencias de 29 de marzo (RJ 2005, 3881) y 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6745) y 10 de junio de 2008 (RJ 2008, 4244), entre otras muchas–.

En particular, la sentencia de 17 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3542) distingue ‘la causalidad material o física, primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones, para la que causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido’, de ‘la causalidad jurídica, en cuya virtud cabe atribuir jurídicamente –imputar– a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por la misma, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de la culpabilidad –juicio de reproche subjetivo– para poder apreciar la responsabilidad civil, que en el caso pertenece al campo extracontractual’. Concluye este Tribunal que, para ‘sentar la existencia de la causalidad jurídica, que visualizamos como segunda secuencia configuradora de la relación de causalidad, tiene carácter decisivo la ponderación del conjunto de circunstancias que integran el supuesto fáctico y que son de interés en dicha perspectiva del nexo causal’”.

Añadió la Sala Primera que la doctrina que acabo de transcribir había quedado expuesta en la sentencia de segundo grado, pero aplicándose en un sentido des-

tinto a como lo había hecho el Juzgado. En efecto, para la Audiencia fue la gestión de los rectores de la sociedad cooperativa la causa adecuada de la suspensión de pagos de la misma y, por ello, de la paralización de las obras de construcción.

Mas, como señalaba antes, la sentencia del Supremo entendió que el punto de vista de los demandantes recurrentes (no haber sido la negligencia profesional de los auditores la causa directa, única o principal de su daño) era *“el que corresponde a la índole del conflicto, conforme a la doctrina antes expuesta”*.

La sentencia, después de unas consideraciones de carácter general sobre el significado de la actividad de los auditores y su proyección, también, respecto a terceros que mantengan relaciones con la empresa revisada, formuló la *ratio decidendi* de su fallo, resumido en la apreciación de que la conducta de los auditores demandados, aunque no hubiera sido la causa principal de la crisis económica de la sociedad auditada y, por ello, del cumplimiento por la misma de sus compromisos frente a los actores, *“contribuyó a ese resultado, pues privó a éstos, como socios, de la necesaria información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de aquélla”*.

Y la resolución acudió de nuevo al criterio del *“juicio de probabilidad”*, para concluir en la imputación objetiva del daño a los demandados. Dijo a tal efecto:

“Ello sentado, un razonable juicio de probabilidad, a la vista de todas las apariencias, lleva a concluir que, de haber dispuesto los socios actores de esa información habrían modificado su actitud ante la cooperativa sustituyendo sus periódicos asentimientos sobre las cuentas presentadas por una reacción ante lo que no era más que una gestión social irregular que, de modo irremisible, llevaba a la sociedad a la situación económica causante del objetivo incumplimiento de los compromisos por ella asumidos.

Reacción, la omitida, que con toda probabilidad hubiera sido más eficaz que la que los actores emprendieron más tarde, al tener que aceptar, como única solución, un aumento de costes de la adjudicación de las viviendas, con novación de lo pactado y, al fin, con una forzada actitud de tolerancia ante el desconocimiento por PSV Sociedad Cooperativa de la regla ‘pacta sunt servanda’.

Para proporcionar a los socios de la entidad auditada esa información, el ordenamiento regula un medio útil, por su carácter profesional y riguroso, al fin de posibilitar una emisión consciente del voto sobre la aprobación de las cuentas sociales.

Los intereses de los actores y los demás socios estaban, en definitiva, protegidos por la norma que los auditores demandados infringieron. De ahí que proceda imputarles objetivamente el daño que los demandantes sufrieron, en los términos que había establecido la sentencia de la primera instancia”.

En definitiva, la sentencia declaró haber lugar al recurso de casación y, en lugar de la sentencia de la Audiencia, desestimó el recurso de apelación que los

demandados habían interpuesto contra la del Juzgado. Sentencia esta última que, por ello, fue confirmada en todas sus partes.

4. Contenido de la sentencia objeto del presente comentario. La *ratio decidendi* de su fallo

A continuación, analizo la respuesta dada por la Sala Primera a los motivos de casación de los demandados; pero dedicando particular atención, como es obligado, al motivo que sí fue estimado por la Sala. Y, por ello, a la argumentación que movió al Tribunal a estimar el recurso de casación de los demandados. Dicho de otro modo, a la *ratio decidendi* de la resolución que me ocupa.

4.1. Los hechos que la sentencia considera probados

En su fundamento de Derecho primero, la sentencia deja sentados los hechos siguientes:

1. El 28-6-95, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en lo sucesivo, CNMV) incoó expediente a “XM Patrimonios” y a los miembros de su consejo de administración por diversas infracciones tipificadas en los artículos 99 y 100 de la Ley del mercado de valores.
2. El 19-7-96, el Consejo de Ministros declaró cometidas por “XM Patrimonios” varias faltas muy graves de las establecidas en la mentada Ley del mercado de valores, decretando como sanción la revocación de la autorización de la que había gozado la sociedad de valores infractora.
3. Los hechos justificativos de la sanción, según la resolución del Consejo de Ministros, y en versión de la sentencia del Supremo, había sido las siguientes:

“(a) La creación de la apariencia, desde el año mil novecientos noventa y tres, de la compra de valores, fundamentalmente deuda pública, por cuenta de clientes, cuando realmente los fondos de éstos los desviaba la agencia a otras sociedades, sometidas al efectivo control del presidente de su consejo de administración, D. Pablo –entre ellas la denominada C, SL–, para cubrir pérdidas producidas por operaciones que había realizado en el mercado de derivados.

(b) El incumplimiento del deber de mantener el nivel mínimo exigible de recursos propios, al extremo de hallarse en situación de insolvencia, cuanto menos, desde diciembre de mil novecientos noventa y tres, como consecuencia de las relatadas prácticas irregulares y de contabilizar créditos contra sociedades vinculadas a D. Pablo que debían haber sido calificados como incobrables o destinados a otros fines –XM Patrimonios Agencia

de Valores, SA, fue declarada en quiebra por un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, mediante auto de catorce de septiembre de mil novecientos noventa y cinco, con retroacción de los efectos al mes de noviembre del año anterior—.

(c) La infracción del deber de presentar las cuentas y el informe de gestión consolidados, como entidad dominante de un grupo en el que se integraba, entre otras, la antes mencionada C, SL —sociedad meramente instrumental, sometida a la misma voluntad decisoria que la sancionada—”.

4. La sociedad auditora demandada había auditado, entre otras, las cuentas anuales de “XM Patrimonios” correspondientes a los ejercicios de 1993 y 1994.
5. Dichas cuentas fueron depositadas en poder de la CNMV, respectivamente, en mayo de 1994 y abril de 1995.
6. Las auditorías habían sido efectivamente realizadas por el auditor code mandado, no conteniendo salvedad alguna. Y expresaban la opinión de que las cuentas de la sociedad auditada daban la imagen fiel de su patrimonio y situación financiera, así como la de los resultados de sus operaciones y los recursos obtenidos y aplicados durante cada uno de los ejercicios anuales referidos.
7. Los demandantes, *después de que las cuentas de “XM Patrimonios”, correspondientes al ejercicio de 1993, con el informe de auditoría de la sociedad auditora code mandada, hubieran sido depositadas en poder de la CNMV, encomendaron a la sociedad auditada que invirtiera importantes cantidades, que se pusieron a su disposición y no han sido recuperadas, al ser utilizadas por “XM Patrimonios”, en grave crisis económica, para cubrir anteriores pérdidas. Y ello, siguiendo el método de distracción que dio lugar al expediente y a las sanciones antes citados.*
8. A continuación, la sentencia contiene un texto que considero oportuno reproducir de forma literal, porque, por una parte, está directamente vinculado con la *ratio decidendi* de la resolución del Supremo. Y en segundo lugar, porque se trata de un pasaje cuyo contenido justificaría las reservas o los reparos que la sentencia de la Sala Primera puede, desde cierto punto de vista, merecer. Extremo este último que desarrollaré al final del presente comentario.

El párrafo en cuestión, también dentro del fundamento jurídico primero de la sentencia, dice:

“Dichos daños los imputaron los actores al comportamiento de los demandados no porque hubieran conocido el informe de auditoría y confiado en la normalidad de la situación financiera de la agencia auditada, sino porque, según afirman, de haber realizado su prestación profesional con diligencia o pericia, habrían detectado los errores y fraudes y provocado la inmediata intervención de Comisión Nacional del Mercado de Valores —que, como se dijo, actuó en mil novecientos noventa y cinco, cuando

tuvo conocimiento de los hechos—, lo que les habría puesto en guardia y determinado a no invertir o a retirar las inversiones”.

4.2. El motivo primero del recurso y su desestimación

Los demandados recurrentes en casación alegaron en su primer motivo que el Tribunal de apelación, al valorar la prueba pericial, se había alejado de las reglas de la sana crítica. No me parece necesario entrar en el detalle de los argumentos en los que se fundaba este primer motivo.

Basta señalar que el motivo fue desestimado.

A tal fin, la sentencia (fundamento jurídico segundo) partió de los siguientes razonamientos:

“Para decidir este motivo del recurso se tiene en cuenta, como criterio sustantivo de valoración, que la auditoría de cuentas se considera necesaria —en el caso, por la disposición adicional primera de la Ley 19/1988— con una finalidad empírica: la de obtener un medio que garantice, en la medida de lo razonable, que los estados financieros auditados no adolecen de inexactitudes significativas.

Que, como consecuencia se exige al auditor una prestación profesional que posibilite dicha función. Esa utilidad, por un lado, y la naturaleza profesional y el contenido técnico de la prestación de la auditoría, por otro, determinan el nivel de la exigencia no sólo según el contrato sino también según la ley, que la impone como premisa necesaria para el cumplimiento de aquella misión.

Que cumple el auditor su obligación contractual y los deberes vinculados a su función por la norma cuando actúa con la pericia y diligencia de un buen profesional en la ejecución de la auditoría, lo que en muchos casos dependerá del diseño de la misma.

Y que, en definitiva —lo puso de relieve el Tribunal de apelación—, no cabe hacer responsable al auditor por no detectar todos los errores o fraudes que puedan cometer los administradores, directivos o personal de la entidad auditada —algunos realizados con la intención de mantenerlos ocultos a toda investigación ajena—, sino no sólo (sic) aquellos que con una correcta ejecución de su prestación profesional debería haber descubierto.

La diligencia y pericia del auditor constituyen una regla de determinación de la exactitud del cumplimiento de la prestación por él debida y, a la vez, un criterio de imputación subjetiva de responsabilidad”.

Sobre esta base, la resolución concluyó que el Tribunal de apelación no había infringido norma alguna como consecuencia de haber alcanzado el convencimiento por otros medios de prueba distintos del de peritos. Dijo al efecto la sentencia:

“En efecto, como se ha dicho y resulta del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la valoración del dictamen pericial no se rige por reglas tasadas.

Además, la eficacia probatoria en un proceso civil del testimonio de actuaciones tramitadas en otro penal queda igualmente sujeta al sistema de libre apreciación, que corresponde en exclusiva a los juzgadores de instancia, salvo, de nuevo, que se contradiga una norma legal de prueba o se incurra en error patente o arbitrariedad –sentencia de 5 de diciembre de 2006 (RJ 2007\229)–.

Por último, no cabe atribuir a la propia valoración de la prueba pericial efectuada por la Audiencia Provincial de Barcelona error o arbitrariedad.

En primer término, porque los propios peritos iniciaron la exposición de su dictamen con la significativa indicación de ‘la importante limitación de alcance que han tenido en su trabajo, puesto que de haber podido examinar los libros de contabilidad, registros contables y documentación contable soporte de AX Patrimonios Agencia de Valores, SA, la contestación a los extremos formulados pudiera tener, dada la verificación que hubiesen realizado, un contenido diferente’.

Y, además, porque es razonable la conclusión a la que llegó el Tribunal de apelación, para el que (1º) era exigible la comprobación de los muy significativos “flujos de capitales... entre las cuentas de la agencia y las de otras empresas participadas e íntimamente conectadas” al funcionamiento de la agencia de valores auditada –alguna formalmente sometida, por su relación con ella, al régimen de cuentas obligatoriamente consolidadas–; y (2º) fue insuficiente el tanto por ciento de las circulares remitidas, con fines de comprobación, a los clientes en situación de mayor riesgo”.

4.3. La desestimación del motivo segundo

En el fundamento jurídico tercero, la sentencia se ocupó del segundo motivo de casación, en el que los recurrentes habían invocado infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1.902 del Código civil y 11 de la Ley de auditoría de cuentas. La sentencia desestimó también este segundo motivo, por considerar que en realidad lo que se pretendía era sostener una discrepancia sobre la valoración de la prueba. La resolución acudió al conocido argumento de “hacer supuesto de la cuestión”.

4.4. La estimación del tercer motivo de casación

El fundamento jurídico cuarto de la sentencia constituye, por así decirlo, su médula.

Se trata de un fundamento extenso, ajustado a una muy correcta estructura argumental y, por decirlo de forma gráfica, muy “doctrinal”. Es decir, elaborado con un *aparato dogmático* de gran calidad y muy “actual”, en el sentido de inspirado en criterios que hoy cuentan con considerable acogida.

4.4.1. La formulación del motivo de casación

Por razones evidentes (contemplados los razonamientos por los que la Sala acogió este motivo), interesa reproducir el resumen que del mismo se hace en la sentencia. Dice la resolución:

“En el tercer motivo del recurso los demandados afirman que habían sido condenados a indemnizar a los demandantes sin existir la necesaria conexión causal entre el daño patrimonial sufrido por ellos y el comportamiento que la sentencia recurrida les había imputado. Lo que, consideran, constituye violación de la jurisprudencia que condiciona la responsabilidad civil a la existencia de una causalidad adecuada entre el acto reprochado y el daño.

Alegan que los actores efectuaron las inversiones frustradas dando a la agencia instrucciones concretas sobre cada una, pero sin tener conocimiento de las cuentas revisadas y verificadas por el auditor ni del informe del mismo, como expresamente habían admitido.

Y niegan que hubiera superado en el proceso el nivel de las meras hipótesis o conjeturas la afirmación de que Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el caso de que el informe de auditoría hubiera contenido reparos, habría paralizado la actividad de AX Patrimonios Agencia de Valores, SA de inmediato o, al menos, antes de haber tenido lugar las inversiones de los demandantes”.

4.4.2. El punto de partida de lo que luego había de ser la *ratio decidendi* de la sentencia: la *conexión causal* hecha por los actores en su demanda

En un apartado I dentro del mismo fundamento jurídico cuarto, la sentencia contiene tres párrafos que, a todas luces, constituyen la base o punto de partida argumental de lo que más adelante, en el mismo fundamento, había de ser la *ratio decidendi* de la estimación del motivo y, con ella, del recurso de casación.

Por ello, no es que sea importante o de interés, sino que es *capital* reproducir textualmente la interpretación que la Sala hace de lo que en la demanda se pedía y de por qué se pedía. Dice a tal fin el mentado apartado I:

“Como al principio se indicó, los demandantes no se presentaron en el proceso como unos inversores confiados en el contenido del informe de audito-

ría sobre la normalidad de los estados financieros de AX Patrimonios Agencia de Valores, SA, que hubieran sido llevados con engaño a invertir y, al fin, a sufrir los perjuicios consecuentes a la anómala y previsible frustración de la rentabilidad de sus inversiones por causas ajenas al riesgo que implicaban.

Antes bien, en el escrito de demanda describieron una conexión causal indirecta entre sus pérdidas económicas y el deficiente cumplimiento por el auditor de la prestación profesional, al situar entre unas y otro la omisión de una oportuna intervención sancionadora por parte del organismo administrativo de supervisión de la actividad de las sociedades y agencias de valores.

La omisión de esa actuación sancionadora del organismo regulador la identifican los demandantes como un efecto futuro, pero ineluctable, de una supuesta auditoría bien hecha y, a la vez, como un indiscutible obstáculo o impedimento para que ellos hubieran invertido –o el factor determinante de que hubieran retirado las inversiones efectuadas–. Con otras palabras, la expresión formal del resultado de la revisión y verificación de los documentos contables, atribuida al auditor, se señala –en la demanda y en la sentencia recurrida– como causante de la ausencia de la actuación sancionadora inmediata y, por repercusión, de que las inversiones de los actores hubieran tenido lugar, pese a estar normalmente destinadas al fracaso”.

Si pongo el acento en los fragmentos transcritos es porque, según mi interpretación (no encuentro otra), lo que la sentencia quiere decir es lo siguiente:

a) Que los actores *no plantearon* su demanda sobre la base de la *confianza* que les *hubiera* –hay que decirlo así, en forma potencial– ofrecido la publicidad propia del Registro Mercantil.

Dicho de otro modo, y esto debe ponerse en relación con el texto que he reproducido en el anterior subapartado 4.4.1, el Tribunal Supremo parte de la base de que los demandantes, al llevar a cabo sus entregas de dinero a la sociedad de valores, no tenían conocimiento del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 1993.

Sabemos, porque lo dice la sentencia, que las entregas de dinero por parte de los demandantes fueron hechas después de que las cuentas de “XM Patrimonios”, correspondientes al ejercicio de 1993, hubieran sido depositadas en poder de la CNMV. Pero no sabemos en qué mes de 1994 se llevaron a cabo tales entregas. Y éste, a mi entender, es un extremo de especial importancia, porque si las entregas en cuestión se hubieran hecho después de que las cuentas de 1993 se hubiera depositado en el Registro Mercantil (naturalmente, ya en 1994), los demandantes habrían podido invocar en su favor una alegación clave desde el punto de vista de los principios de la publicidad registral mercantil. El razonamiento de los demandantes habría sido: consultado el Registro Mercantil, y vistas las cuentas depositadas en él por “XM Patrimonios” correspon-

dientes al ejercicio 1993, no se encontraba en dichas cuentas (en concreto, en el informe de auditoría) motivo alguno para albergar dudas sobre la regularidad económica y contable de la sociedad de valores. Todavía más, los actores habrían podido añadir: el informe de auditoría del ejercicio de 1993, sin ninguna salvedad, permitía confiar en la solidez económica de “XM Patrimonios” y en la completa regularidad de su funcionamiento y de sus cuentas.

Pero parece que es ésta la interpretación de la demanda que la sentencia rechaza.

b) En efecto, la segunda conclusión que extraigo de las palabras de la resolución que he reproducido últimamente es la de que los demandantes no utilizaron, en absoluto, ningún argumento fundado en la publicidad registral.

Así se desprende del pasaje en el que la sentencia puntualiza que en la demanda se describió una “conexión causal indirecta” entre las pérdidas económicas sufridas por los actores y el deficiente cumplimiento de su prestación profesional por parte del auditor. La resolución, en el texto transcrito, parece querer enfatizar el carácter “indirecto” de la relación causal. E insiste en que la “*causa*” del quebranto de los actores, según la propia demanda, fue la inexistencia –se utiliza la palabra “omisión”– de una actuación sancionadora por parte de la CNMV.

No hay que hacer demasiados esfuerzos interpretativos para concluir que lo que la sentencia quiere decir es que la actuación sancionadora de la CNMV era, según la propia demanda, una simple *posibilidad*, no una certeza. Esta apreciación que acabo de hacer debe ponerse en relación con el pasaje en el que los recurrentes, al formular su tercer motivo de casación, habían alegado que la intervención de la CNMV se trataba de una *mera hipótesis o conjetura*. Me remito de nuevo al precedente subapartado 4.4.1.

4.4.3 La relevancia de la auditoría de cuentas. En concreto, en lo que respecta a “terceros”

El mismo fundamento jurídico cuarto dedica un apartado II a resaltar la importancia del informe de auditoría y de su publicidad.

No voy a extenderme demasiado en este extremo, puesto que es suficientemente elocuente la lectura del apartado en cuestión.

En síntesis, la sentencia pone el acento en la importancia que tiene la auditoría de cuentas, precisamente en relación con *terceros*, esto es, sujetos distintos de la propia empresa auditada. Y esto, con mención del artículo 1.1 de la Ley de auditoría de cuentas y del pasaje de su exposición de motivos en el que se dice que “*la auditoría de cuentas es, por tanto, un servicio que se presta a la empresa revisada y que afecta e interesa no sólo a la propia empresa, sino también a terceros que mantengan relaciones con la misma, habida cuenta que todos ellos, empresa y terceros, pueden conocer*

la calidad de la información económico contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas”.

La publicidad del informe de auditoría, añade la resolución, constituye un instrumento jurídico “*por medio del que se traduce un interés general difuso –no ajeno a la conveniencia de aumentar de modo efectivo la calidad de la información financiera–, en el concreto de cada uno de los terceros que entren en relación con la sociedad auditada, confiados en la fiabilidad que ofrece un sistema de regulación del mercado de capitales tan sofisticado como costoso”.*

La sentencia refuerza esta afirmación acudiendo a palabras de la Directiva 2006/43/CE. Se trata, añadido, de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas y por la que se modificaron dos Directivas anteriores y se derogó una tercera.

Dice al respecto la sentencia:

“Por ello –como señala el considerando decimonoveno de la Directiva 2006/43/C– los auditores, obligados a llevar a cabo su trabajo con la diligencia debida, son responsables de los perjuicios financieros que hayan causado por negligencia, no sólo frente a quienes a ellos estén vinculados por la relación contractual en cuyo funcionamiento se produjo el deficiente cumplimiento de la prestación de auditoría, sino también frente a los terceros que se relacionen con la sociedad auditada –como expresamente establecía el artículo 11.1 de la Ley 19/1988, en la redacción vigente cuando la demanda fue interpuesta–”.

Después de estos pronunciamientos, parecería que la sentencia estaba llamada a desestimar el recurso de casación y, por ello, mantener la condena de los demandados establecida por la Audiencia.

No obstante, es preciso advertir que, a renglón seguido del último texto que acabo de reproducir, la resolución de la Sala Primera hace una especie de advertencia o puntualización, que en definitiva explica el fallo que el Supremo acabó adoptando. Porque, en efecto, la sentencia añade que todo lo que antes había manifestado es “*siempre que... concurren los requisitos precisos para afirmar una responsabilidad extracontractual conforme a las normas generales del Código civil, a las que se remite el artículo 11.1 citado, en la redacción dada al mismo por la Ley 44/2002, de 24 de noviembre”.*

En relación con esta “advertencia”, por otra parte muy razonable a mi juicio, debo señalar lo siguiente:

Hay un error material en la cita de la Ley 44/2002 que, como hemos visto antes, modificó la redacción originaria del artículo 11 de la Ley de auditoría de cuentas, puesto que su fecha fue de 22 de noviembre (de 2002), no del día 24.

En segundo lugar, la remisión del actual apartado 1 del artículo 11 de la Ley de auditoría de cuentas no es a las “normas generales del Código civil”, sino a las “reglas generales del Derecho privado”. Sin embargo, me parece correcta la alusión que la sentencia hace al Código civil, por ser éste el cuerpo legal básico del “Derecho privado” al que realmente se refiere ahora el tan repetido apartado 1 del artículo 11 de la Ley de auditoría de cuentas.

En tercer lugar, entiendo que aunque antes de la Ley de 22 de noviembre de 2002 no existiera una explícita remisión a las reglas generales del Derecho privado, no era necesario que la hubiera. Es decir, me parece incontestable que la redacción originaria del artículo 11 de la Ley de auditoría de cuentas implicaba, aunque no se hiciera de forma expresa, el sometimiento, en todo caso, a las luego llamadas “reglas generales del Derecho privado”.

El apartado 2 del fundamento jurídico cuarto de la sentencia termina con una referencia al Derecho comunitario que revela, de nuevo, el carácter muy documentado de la resolución del Supremo objeto de este comentario.

Porque, a modo de culminación de sus precedentes argumentos, la sentencia dice:

“Precisamente para hacer compatible esa regla general de responsabilidad con un correcto funcionamiento del mercado de capitales, con una capacidad de auditoría que resulte sostenible y con un mercado competitivo de servicios de esa clase, en el derecho comunitario se proponen medios diversos de limitación de la responsabilidad de los auditores, salvo que hayan incumplido sus deberes dolosamente –artículo 31 de la Directiva 2006/43/CE y Recomendación de la Comisión de 5 de junio de 2008–. Las propuestas van desde la limitación de la responsabilidad, por pacto o por ley, a la fijación de un conjunto de principios en virtud de los cuales un auditor legal o una sociedad de auditoría únicamente sean responsables dentro de los límites de su contribución real al perjuicio sufrido por el reclamante y, por tanto, no sean conjunta y solidariamente responsables con otros causantes del perjuicio”.

4.4.4. Relación de causalidad e imputación objetiva

En un primer apartado III (hago esta advertencia porque sigue luego otro apartado con el mismo número romano, por evidente error material), el fundamento jurídico cuarto de la sentencia se enfrenta con el problema nuclear del caso enjuiciado, esto es, el referente a la relación causal entre la conducta y el daño. Así se dice exactamente al comienzo de dicho primer apartado III.

En ese lugar, la sentencia argumenta con razonamientos característicos del criterio de la *imputación objetiva*, entendido como fórmula o proceso intelectual encaminados a afrontar el de por sí difícil concepto de *relación de causalidad*.

En un trabajo relativamente reciente, puse de relieve el “éxito” que el criterio de imputación objetiva viene teniendo, en los últimos tiempos, en la jurisprudencia de la Sala Primera. Me refiero al artículo titulado “La ‘recepción’ del principio de *imputación objetiva* y el criterio de la *probabilidad cualificada* en la última jurisprudencia civil”, dentro de la obra colectiva *Jurisprudencia civil (2005-2007): Análisis crítico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, páginas 311-411.

Después de haberse escrito aquel trabajo, han sido abundantes las sentencias de la Sala Primera que han seguido las huellas de la doctrina de la *imputación objetiva*. No es éste el momento de profundizar en la cuestión, pero sí interesa, por ejemplo, decir que una de esas sentencias más recientes, en esa línea, fue una que antes he citado a otros efectos; esto es, la de 21-4-08 (RJ 2008/4606), sobre responsabilidad de un registrador de la propiedad.

Lo cierto es que en mi trabajo antes citado, mencioné como entonces reciente, y entre otras, la sentencia de 17-5-07, que se cita, precisamente, en la resolución objeto de este comentario. Es en el texto que reproduzco a continuación.

Porque, en efecto, en el mentado primer apartado III del fundamento jurídico cuarto, la sentencia que me ocupa dice:

“Dicha relación (la relación causal entre la conducta y el daño) se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de la regla de la ‘conditio sine qua non’, conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; y la de la “equivalencia de condiciones”, según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas como iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también.

Afirmada la relación causal según las reglas de la lógica, en una segunda fase se trata de identificar la causalidad jurídica, para lo que entran en juego los criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar, previa discriminación de todos los antecedentes causales del daño en función de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto.

Se trata, con ello, de construir la causalidad según una visión jurídica, asentada sobre juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción atribuya antijuridicidad al comportamiento fuente de responsabilidad.

El referido planteamiento es el seguido por la jurisprudencia en la aplicación del artículo 1902 del Código Civil –sentencias de 29 de marzo (RJ

2005\3881) y 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005\6745) y 10 de junio de 2008 (RJ 2008\4244), entre otras muchas—.

En particular, la sentencia de 17 de mayo de 2007 (RJ 2007\3542) distingue ‘la causalidad material o física, primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones, para la que causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido’, de ‘la causalidad jurídica, en cuya virtud cabe atribuir jurídicamente—imputar— a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por la misma, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de la culpabilidad—juicio de reproche subjetivo— para poder apreciar la responsabilidad civil, que en el caso pertenece al campo extracontractual’. Concluye este Tribunal que, para ‘sentar la existencia de la causalidad jurídica, que visualizamos como segunda secuencia configuradora de la relación de causalidad, tiene carácter decisivo la ponderación del conjunto de circunstancias que integran el supuesto fáctico y que son de interés en dicha perspectiva del nexo causal’”.

Estos pasajes no requieren especial comentario. Se ajustan, como he dicho, y a mi juicio con todo acierto, a la línea de pensamiento contenida en la más reciente jurisprudencia de la Sala Primera. Y hago notar que, en uno de los párrafos transcritos, la resolución habla de “juicio de probabilidad”, expresión que debe ponerse en relación con el criterio de la *probabilidad cualificada* (o *alto grado de probabilidad*), al que me referí también en mi trabajo, últimamente citado, del año 2008.

4.4.5. Unas palabras de la sentencia sobre la forma en la que la Audiencia había contemplado la relación de causalidad

En el segundo apartado III (ya he señalado que, por error material, hay dos con el mismo número), la sentencia del Supremo resume pasajes de la sentencia recurrida, de los que se desprende que la Audiencia había apreciado la existencia de relación de causalidad entre el informe erróneo del auditor y la *no intervención* de la CNMV. La Audiencia, como veremos ahora, había dado por *segura* la intervención de la CNMV si el informe de auditoría hubiera reflejado la realidad de la sociedad auditada.

Así, dice el mentado apartado III de la sentencia:

“El Tribunal de apelación, según afirma en la sentencia recurrida, aplicó ‘criterios de lógica humana sobre el antecedente del resultado favorable, aunque erróneo, de la auditoría del ejercicio de mil novecientos noventa y tres y la consecuencia de la continuidad sin problemas de la actividad de

la agencia en el seno de la cual se produjeron expolios del producto de las inversiones de los actores... por parte del administrador... a partir de junio de mil novecientos noventa y cuatro’, para afirmar como indiscutible la relación de causalidad entre el deficiente cumplimiento por el auditor de la obligación de detectar errores y fraudes y el daño patrimonial sufrido por los inversores demandantes.

En otro pasaje de su sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona califica como ‘segura [la] intervención de Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la vista del resultado desfavorable que debería haber tenido la auditoría’ e identifica la misma como la causa probable de que ‘la evolución descrita de las inversiones de los actores no [hubiera] tenido lugar’ y, al fin, de que ‘los títulos se [hubieran] mantenido incólumes a su disposición’”.

4.4.6. Admisibilidad del recurso de casación.

En el apartado IV del mismo fundamento jurídico cuarto, la Sala aborda la cuestión de si los extremos relativos a la causalidad jurídica o imputación objetiva pueden ser objeto de recurso de casación. Y la Sala expresa su criterio, ya sentado, en línea afirmativa.

Dice a tal fin la resolución:

“El respeto que merece la declaración de hechos probados en la instancia –reafirmado, entre otras, en la sentencia de 29 de marzo de 2005 (RJ 2005\3881)– y la naturaleza básicamente fáctica de la afirmación de una equivalencia de condiciones del daño patrimonial, no pueden, sin embargo, impedir que, en esta sede, revisemos los criterios empleados por el Tribunal de apelación para, con base en aquella, afirmar o negar la causalidad jurídica o imputación objetiva, investida de los caracteres propios de una ‘quaestio iuris’ a los efectos de la casación –sentencias de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006\6563), 22 de febrero y 17 de abril de 2007 (RJ 2007\2322) y 10 de junio de 2008 (RJ 2008\4246)–, dada su naturaleza valorativa o de toma de posición para la integración de lo que constituye un tipo jurídico abierto”.

Esta doctrina se contiene, además de en las citadas en el pasaje que acabo de reproducir, en la de 21-4-08 (RJ 2008/4606), que he mencionado antes por otra razón. En el párrafo segundo de su fundamento jurídico tercero, la sentencia a la que ahora me refiero dice:

“La determinación del nexo causal entre el acto causante del daño y la actividad del agente a quien se imputa la responsabilidad civil constituye una cuestión de hecho, salvo en el terreno de la llamada imputación objetiva. Esta modalidad de imputación consiste en que, establecida una rela-

ción de causalidad física o fenomenológica entre el agente y el resultado dañoso, debe formularse un juicio mediante el cual se aprecia si las consecuencias dañosas de la actividad son susceptibles de ser atribuidas jurídicamente al agente, aplicando las pautas o criterios extraídos del Ordenamiento jurídico que justifican o descartan dicha imputación cuando se ponen en relación con el alcance del acto dañoso particularmente considerado, con su proximidad al resultado producido, con su idoneidad para producir el daño y con los demás elementos y circunstancias concurrentes. Este juicio de imputación se integra en la quaestio iuris [cuestión jurídica] y es susceptible de ser revisado en casación (SSTS 30 de abril de 1998 [RJ 1998, 3461], 2 de marzo de 2001 [RJ 2001, 2589], 29 de abril [RJ 2003, 4535] y 22 de julio de 2003 [RJ 2003, 5852], 17 de abril de 2007, rec. 1007/2007 [RJ 2007, 2322]).”

4.4.7. Desenlace de los razonamientos de la sentencia: inexistencia de relación de causalidad, estimación del motivo y desestimación de la demanda

Termina el fundamento jurídico cuarto con un apartado V en el que se halla la *clave del fallo*. Dicho de otro modo, la genuina *ratio decidendi*.

En un primer párrafo, la sentencia vuelve a insistir en lo que, a todas luces, fue el extremo determinante de su fallo. En ese párrafo se reitera lo que los demandantes consideraron *causa* de su daño, con un razonamiento que la Audiencia había hecho suyo. A la tesis de la Audiencia, precisamente, se refiere el párrafo segundo del apartado V. En él, la Sala Primera dice:

“Pues bien, la que, para los demandantes y el Tribunal de apelación, fue causa inmediata del daño –identificada, se insiste, en el hecho de que el órgano de supervisión no hubiera actuado a tiempo de impedir las inversiones efectuadas por aquéllos– debe ser calificada como extraña al ámbito de protección proporcionado por la normativa a cuya infracción se ha vinculado la responsabilidad del auditor. No cabe desconocer, como también se ha expuesto, que la finalidad de la norma infringida no era otra que permitir, además de a la sociedad auditada, a los terceros ‘conocer la calidad de la información económico contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas’ –en términos de la exposición de motivos de la Ley 19/1988–”.

Este párrafo apunta ya lo que iba a ser el ulterior razonamiento de la sentencia. Porque, en efecto, se hace expresa alusión a la circunstancia excluyente de la imputación objetiva que conocemos como “finalidad protectora de la norma”.

Como es sabido, con este elemento de juicio se concluye que no pueden ser objetivamente imputados a la conducta del autor aquellos resultados daño-

esos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad del demandado.

La idea (la de la finalidad protectora de la norma) se encuentra implícita en los dos párrafos siguientes, con los que termina el apartado V.

Pero reviste particular interés doctrinal, a mi juicio, el hecho de que la sentencia vincule el mentado criterio con otro que es, desde luego, muy sugestivo. Me refiero a la circunstancia de que la resolución, en esos dos párrafos siguientes y últimos, invoque el argumento de la “lejanía” para llevar a cabo su *juicio de relación de causalidad*.

La palabra utilizada por la resolución no es precisamente la de “lejanía”, pero sí lo es el concepto. De lo que la sentencia habla es del carácter “remoto”, o “demasiado lejano”, del deber de denuncia incumbente al auditor, respecto al daño en el que los actores fundaban su demanda.

Hace ya muchos años (Civitas, Madrid, 1993) en mi obra *Tratado de responsabilidad civil*, páginas 755-756, tuve oportunidad de referirme a la *causa “too remote”*, en su formulación por la doctrina y jurisprudencia anglosajonas. Lo hacía al citar la teoría conocida como *de la causalidad próxima*, cuya formulación se remonta a BACON. Decía entonces que dicha teoría constituye una reacción contra el intento de llevar a cabo un exhaustivo análisis de todas las concausas que intervienen en cualquier suceso de la realidad y reconoce relevancia (a efectos de atribuir o rechazar la responsabilidad) sólo a la causa más próxima en el tiempo, esto es, a la inmediatamente anterior a la producción del daño. Todas las demás, por “remotas” o “demasiado remotas” (*too remote*), se consideran intrascendentes a efectos jurídicos.

Aludí entonces a un interesante caso de la jurisprudencia norteamericana (*Palsgraf contra Long Island Railroad Co*). Fue resuelto por el Tribunal de Apelación de Nueva York, bajo la presidencia del afamado juez CARDOZO. Y de su dificultad da prueba el hecho de que la resolución fuera adoptada por una mayoría de cuatro votos contra tres, de los siete magistrados integrantes del Tribunal.

Los hechos de aquel caso habían sido éstos: en el momento en que el tren arrancaba, dos viajeros llegaban al andén y, con ayuda de dos empleados, trataron de tomar el tren en marcha; uno de los viajeros empujó involuntariamente un pequeño paquete que el otro llevaba en brazos y que contenía explosivos de artificio; al caer el paquete se produjo una pequeña explosión, moviendo una plataforma que se hallaba a cierta distancia, que a su vez hirió a una señora, luego demandante en el pleito.

El juez CARDOZO, cuyo criterio acabó prevaleciendo en el tribunal, comenzó su razonamiento afirmando la existencia de un problema previo al de la causalidad y acaso susceptible de hacer perder a éste toda su importancia, a sa-

ber: el problema de la determinación de las personas en relación con las cuales se ha cometido una falta.

CARDOZO sostenía que en el caso contemplado, aunque el empleado había incurrido en culpa en relación con el portador del paquete, no la había cometido en relación con la señora lesionada, que se hallaba lejos de su acción; respecto a ella, vino a decir, no había habido negligencia, ya que el empleado no podía adivinar que la caída del paquete pudiera dañar a una persona tan alejada. Por este motivo, desestimó su demanda.

No es cuestión de entrar aquí en mayores análisis, pero la idea que se encierra en los conceptos de *proximidad* y *lejanía* me parece sugestiva. Pero, a mi juicio, si hablamos de *lejanía* no se trataría de aplicar esta palabra al tiempo, ni al espacio o distancia, sino a la mayor o menor *proximidad* entre una conducta y un último desenlace, a la luz de criterios de razonabilidad, ajustados a su vez a lo que *normalmente ocurre* o a *lo que cabe lógicamente esperar*. No obstante, también es posible que el criterio de la “proximidad” no sea sino un elemento de juicio para aplicar al problema de la relación de causalidad otras soluciones: desde la *causalidad adecuada*, tan presente en la jurisprudencia, hasta ciertos motivos de exclusión de la imputación objetiva (por ejemplo, el de la prohibición de regreso o de retroceso, el del riesgo natural de la vida, o el de la finalidad protectora de la norma).

Como inciso, cumple señalar que PANTALEÓN PRIETO, en su antes citada obra sobre la responsabilidad de los auditores, mencionó también el “criterio” de la “*remoteness of damage*”.

Lo que importa ahora es poner de relieve que el argumento de la “lejanía” ya ha encontrado algún eco en la jurisprudencia de la Sala Primera.

Por ejemplo, está presente en la sentencia de 14-2-06 (RJ 2006/884).

La actora había tenido un embarazo intrauterino, que le producía dolores y pérdidas sanguíneas que hicieron aconsejable su evacuación mediante legrado. El legrado fue practicado a la actora por uno de los médicos codemandados, Don Hugo. La Audiencia había declarado probado que el legrado practicado por Don Hugo había sido incorrecto, por incompleto: quedaron en el interior del útero de la actora restos del embarazo. Observándose, días después del legrado, diversas anomalías en la paciente, se practicó por otro médico codemandado, Don Manuel, la operación consistente en la extirpación de un segmento de la trompa de Falopio izquierda, con pérdida funcional de dicho órgano. La Audiencia había declarado también probado que la actuación profesional de Don Manuel había sido incorrecta, esto es, del mismo modo que lo había entendido en cuanto a la actuación de Don Hugo.

La sentencia del Juzgado estimó la demanda y condenó solidariamente a Don Hugo y a Don Manuel (juntamente con el Servicio Andaluz de Salud) a indemnizar a la actora en una cifra próxima a los 20 millones de pesetas. Recurri-

da la sentencia, entre otros, por Don Hugo y por Don Manuel, la Audiencia desestimó el recurso de apelación, confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado.

Interpusieron recurso de casación, por separado Don Hugo, y Don Manuel.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de Don Manuel, diciendo entre otras cosas:

“Este retroceso no es admisible en la labor de integración del nexo causal desde el punto de vista jurídico, que debe realizarse manteniendo un grado de proximidad razonable, aceptable en términos de Derecho, y adecuado a las reglas de experiencia sobre la posibilidad de previsión de las consecuencias, al menos cuando la imputación lo es a título de culpa (artículos 1105 y 1107 CC), entre la conducta o conductas negligentes a las que se anuda la responsabilidad y el resultado dañoso producido –que quiebra cuando existen conductas posteriores de carácter más específico y determinante–, sin cuyo requisito la posible negligencia apreciada en la conducta del agente carece de la necesaria relevancia para dar lugar a la existencia de responsabilidad civil”.

La sentencia estimó el recurso de casación de Don Hugo.

Es digno de resaltarse que la resolución, como se ve, declaró que la labor de integración del nexo causal debe realizarse manteniendo “un grado de proximidad razonable”.

Y a esto mismo se refiere la sentencia objeto de este comentario, en esos dos últimos párrafos del fundamento jurídico cuarto que ahora me ocupan.

Porque la sentencia dice allí:

“Es cierto que el auditor, en los casos de violación grave de normas, de riesgo para la continuidad de la empresa auditada o de comprobación de determinadas irregularidades, asume ex lege un deber de denuncia. Pero, además, de que el incumplimiento del mismo no se presentó en la demanda como autónomo, sino como la consecuencia de no haber descubierto el auditor las irregularidades y fraudes en la revisión y verificación de los documentos contables de XM Patrimonios Agencia de Valores, SA, por razón de una prestación profesional negligente, no cabe prescindir de que la norma que le obligaba a colaborar, mediante la denuncia –disposición final primera de la Ley 19/1988–, con el organismo supervisor en la defensa del mercado, sólo remotamente coincidía en su finalidad con la realmente infringida.

Si a ello se une que comportamientos ajenos al del auditor, cual el de la agencia de valores –merecedor de la tramitación de un proceso penal y de

la aplicación de sanciones por el Consejo de Ministros— concurren a la producción del daño, así como que las competencias de supervisión e inspección a cargo de Comisión Nacional del Mercado de Valores, que implican un control continuado del cumplimiento de la normativa vigente por aquellos que desarrollan su actividad profesional en los mercados financieros —artículos 13 y 84 de la Ley 24/1988—, las debe ejercer por propia iniciativa dicha entidad, se llega a la conclusión de que la imputación objetiva o causalidad jurídica se ha llevado por el Tribunal de apelación demasiado lejos, dadas las circunstancias, al considerar a Price Waterhouse Auditores, SA y D. Iván, en la condición de vigilantes o garantes últimos de la transparencia de la información económico-contable de la empresa auditada, causantes del resultado perjudicial para los actores”.

Se advierte que la Sala argumenta sobre la base del criterio de la finalidad protectora de la norma, si bien *aderezado* con un razonamiento inspirado en la “lejanía” de un hecho, respecto a otro, en el curso causal; esto es, en el *engarce intelectual* entre la conducta imputada al auditor y lo que *podría haber hecho* la CNMV.

Merece destacarse cómo la sentencia, en el primer párrafo de los dos que acabo de transcribir, insiste una vez más en la argumentación de la demanda, precisamente en materia de causalidad. Dice aquel pasaje que el incumplimiento del deber de denuncia que legalmente incumbe al auditor “*no se presentó en la demanda como autónomo*”. Lo que, según mi interpretación, significa que lo que la sentencia quiere decir es que constituye una hipótesis “demasiado lejana” aceptar que, de haber sido correcto el informe del auditor, es *seguro* que se hubiese producido la intervención de la CNMV en un momento y de una forma tales que los demandantes no habrían hecho sus importantes desembolsos en manos de “XM Patrimonios”.

Como consecuencia de sus últimas consideraciones, ya al final del fundamento jurídico cuarto, el breve fundamento jurídico quinto, en su párrafo primero, dice que la de primera instancia dio correcta solución al litigio, incluso en orden a las costas. “*Por ello—añade la resolución—, procede mantener la decisión contenida en su fallo*”.

5. Recapitulación. Posibles reparos o reservas sobre la doctrina de la sentencia comentada

1. He venido diciendo que la sentencia, a mi juicio, merece la consideración de especialmente cuidada o esmerada.

Apuntaba antes también que la resolución, sin ser demasiado larga, hace un alarde de documentación en punto a la responsabilidad de los auditores de cuentas.

Merece destacarse, así mismo, el dato –que no pasa de ser una “curiosidad”– de que la sentencia, por así decirlo, *comprime* los razonamientos conducentes al fallo. Se desarrollan ya muy al final, en los tres últimos párrafos del apartado V del fundamento jurídico cuarto.

Pero, sobre todo, destaca –porque lo considero muy sutil– el hecho de que la resolución ponga tanto el énfasis (mucho se reitera) en la forma en la que se había planteado la demanda. En concreto, en lo relativo a la *causa* de su daño que habían alegado los demandantes. Extremo este último que no permite hablar de un “error” en la demanda, sino de lo que los actores podían probar y de hecho probaron.

2. La sentencia no es muy explícita en cuanto a los hechos que permitían concluir que la actuación del auditor había sido culposa.

Está presente en toda la resolución, parece claro, el criterio –premisade que la actuación del auditor había sido en efecto negligente. Entre otras cosas, resulta del pronunciamiento desestimatorio respecto al segundo motivo de recurso.

Pero, probablemente, donde más se advierte la opinión de la Sala al respecto es en el anteúltimo párrafo del fundamento jurídico cuarto, donde el “*no haber descubierto el auditor las irregularidades y fraudes en la revisión y verificación de los documentos contables de XM Patrimonios*” reviste, con razonamientos propios de una buena técnica argumental, el carácter de “premisade que antes hablaba. Es decir, la interpretación gramatical de ese párrafo en su conjunto viene a sugerir al lector que el “*no haber descubierto el auditor...*” era, para la sentencia, un hecho incontestable. O sea, un *hecho probado*.

También podría entenderse que la culpa del auditor consistió en no haber descubierto los hechos que condujeron a la resolución del Consejo de Ministros sancionando a la agencia de valores con la revocación de la autorización para actuar como tal en el mercado. Me refiero a lo que al efecto se describe en el apartado I del fundamento jurídico primero. Pero esto es mucho imaginar, visto el contenido del fundamento jurídico cuarto, que es donde la sentencia *maneja* la culpabilidad, de un lado, como criterio de imputación subjetiva, y de otra parte la relación de causalidad.

3. Todo lleva a la conclusión de que *lo que pesó en el ánimo de la Sala fue la circunstancia de que los actores habían realizado sus desembolsos sin tener conocimiento de las cuentas revisadas y verificadas por el auditor; ni del informe de este último*.

Eso es lo que alegaron la sociedad de auditoría y el auditor en su tercer motivo de casación, según hemos visto en el anterior subapartado 4.4.1.

Si fue así, la decisión del Pleno adquiere incuestionable solidez. Porque el razonamiento sería: los demandantes no fueron inducidos a error por el informe del auditor, puesto que no lo habían conocido.

Verdad es que esta aseveración resulta de lo que dijeron los recurrentes en su tercer motivo, pero tenemos que dar por bueno que lo que afirmaban era verdad, puesto que de otro modo el Tribunal Supremo se habría encargado de advertir, valga el juego de palabras, *que no era cierto lo que los recurrentes decían que habían manifestado los actores en su demanda.*

Como antes he señalado, habría sido interesante que la sentencia hubiese dejado constancia de cuándo se depositaron en el Registro Mercantil las cuentas y el informe de auditoría correspondientes al ejercicio 1993, para saber si los demandantes *podían haber conocido* –precisamente por esa vía registral– que el informe del auditor era “limpio”, esto es, sin salvedades ni reservas.

Pero tenemos que quedarnos, porque en la sentencia no hay ningún dato en contra, con la “verdad” de que los demandantes hicieron sus entregas sin conocer el informe de auditor.

Esto último conduciría a una elemental reflexión: el informe del auditor *no fue la causa* de los desembolsos de los actores.

Más aún, parece inexcusable aceptar que las cosas fueron como acabo de decir, porque de otro modo no se entendería que los demandantes hubiesen recurrido a un “alambicado” argumento: *nuestra inversión se hizo porque la CNMV no intervino.* Dicho de otra manera, lo lógico es que los demandantes hubieran alegado, simplemente: *hicimos los desembolsos porque el informe de auditoría nos presentó una imagen de “XM Patrimonios” que no era la real.*

Aceptados los razonamientos anteriores, insisto, habría que concluir que la sentencia acertó cuando, para en definitiva desestimar la demanda, argumentó con razones basadas en la relación de causalidad. Es decir, en la finalidad protectora de la norma, como causa de exclusión de la imputación objetiva, y en la “*lejanía lógica*” entre la realización de los desembolsos y una hipotética intervención o actuación de la CNMV. Intervención o actuación que luego se produjeron, *pero después de las entregas de dinero por los demandantes.*

No obstante –y también debo insistir–, me resulta difícil de entender que los actores dijeran en su demanda que cuando hicieron sus entregas de dinero no tenían conocimiento del informe del auditor demandado. Es evidente que pudo ser así verdaderamente, pero de nuevo se plantea una pregunta a la que la sentencia no permite responder. Esa pregunta es: ¿estaba depositado el informe del auditor en el Registro Mercantil cuando los demandantes hicieron sus desembolsos?

Si la contestación es negativa (el informe del auditor no obraba en el Registro Mercantil), se entiende la forma de plantear la demanda por parte de los actores. Lo que ocurre es que la *cronología* no me encaja, porque la resolución dice que las cuentas de 1993 fueron depositadas en poder de la CNMV en mayo de 1994 y que los desembolsos de los demandantes fueron hechos *después*. Y es poco verosímil, aunque no imposible, que se hubiese hecho el depósito en la

CNMV y no en el Registro Mercantil. Si esto último, tan improbable, hubiera ocurrido, se comprende la forma de argumentar de la demanda, que en definitiva fue lo que condujo a su fracaso ante el Supremo.

Pero si el informe de auditoría de 1993 estaba ya depositado en el Registro Mercantil cuando los actores hicieron sus entregas de dinero a “XM Patrimonios”, y aun pudiendo ser cierto que los demandantes no habían conocido dicho informe (porque no habían consultado el Registro), no llego a entender –en el sentido de aprobar– que los actores, *en su demanda*, no se ampararan en el carácter “limpio” del informe del auditor. Y digo esto porque parece claro que aunque los actores no hubiesen conocido el informe del auditor (por culpa de ellos, como es obvio) cuando hicieron sus entregas de dinero, me resulta difícil de admitir que tampoco lo conocieran *cuando formularon su demanda*. Porque se supone que entonces, al presentar la demanda, ya habrían consultado el Registro Mercantil.

El desenlace de mi razonamiento es claro: ¿por qué no se ampararon los demandantes en los *silencios* del informe del auditor, en vez de recurrir al que antes he denominado “alambicado argumento” de *suponer* cuál habría sido la actuación de la CNMV?

Quizá haya razones para concluir (si esta segunda hipótesis fue lo que ocurrió) que si el informe del auditor fue equivocado, lo fue también la demanda misma. Dicho esto, desde luego, con todo respeto para su autor.

4. Inspira alguna reflexión el contraste con lo que la misma Sala primera resolvió (cinco días después, y siendo ponente el mismo Magistrado) en la sentencia de 14 de octubre de 2008, a la que me he referido en el anterior apartado 3.

Entre ambos casos existen dos diferencias, la primera de ellas de carácter *metajurídico*. Se trata del hecho de que en el caso de la de 9 de octubre de 2008, los demandantes eran inversores de considerable entidad. Basta recordar el montante de las cantidades que habían desembolsado. Mientras que en el de la sentencia de 14 de octubre eran muchos los “inversores”, pero por cantidades no muy altas cada uno.

La otra diferencia reside en que en el caso de la sentencia de 9 de octubre, los demandantes eran “terceros en sentido estricto”, es decir, personas totalmente ajenas a la sociedad de valores, mientras que en la sentencia del 14 de octubre los afectados (luego demandantes) eran socios de la cooperativa cuyas cuentas habían sido auditadas de forma incorrecta o defectuosa.

Pero, desde un punto de vista exclusivamente jurídico, lo que importa es advertir que en el caso de la sentencia segunda, esto es, la de 14 de octubre, los demandantes –insisto, socios de la cooperativa– habían aprobado sucesivamente las cuentas de la entidad *porque los informes de auditoría no les permitieron conocer la irregular gestión de la cooperativa y, por ende, la real situación económica y financiera de la misma*.

Por eso, se explica que en la sentencia de 14 de octubre se encontrara relación de causalidad entre la culpa del auditor y el daño de los demandantes, a diferencia de lo que había ocurrido en la resolución del Pleno de 9 de octubre.

5. Sin embargo, ya ha habido alguna voz discrepante respecto a la doctrina de la sentencia que motiva el presente comentario.

Es el caso de HERNANDO MENDÍVIL (“El auditor y su responsabilidad civil, según la reciente sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008”, *legaltoday.com*, de 17 de noviembre de 2008). Esta autor dice:

“En definitiva, opino que si la actividad de los auditores constituye una garantía de la veracidad de las cuentas auditadas, siendo esa su razón de ser, y en la medida en que la publicidad del informe a través de su depósito, junto con las cuentas en el Registro Mercantil y en los organismos supervisores, es el instrumento impuesto legalmente en garantía de los terceros que se relacionen con la sociedad auditada en el tráfico mercantil, una incorrecta auditoría que no cumple con esa finalidad es susceptible de causar un daño a esos terceros.

Y si se demuestra –como de hecho sucedió en el caso de autos– que los auditores incumplieron sus deberes dispuestos legalmente para dar a conocer a terceros la fiabilidad de los documentos contables auditados y que, como consecuencia de ello, aunque fuera en concurso con otras causas, los actores realizaron unas inversiones que luego se materializaron en un quebranto patrimonial, los auditores demandados debieron haber sido condenados a resarcir dichos daños.

Tampoco me convence el razonamiento del TS consistente en que se trata de un daño indirecto, por el hecho de que los demandantes sostuvieran que de haber existido una correcta labor auditora, habría intervenido la CNMV y ello les hubiera puesto en guardia, disuadiéndoles de realizar la inversión. Entiendo que se trata simplemente de una forma de razonar o argumentar los actores su petición en la demanda; es decir, que los demandantes aluden a la intervención de la CNMV como argumento de refuerzo frente al principal que es, sin duda, que realizaron las inversiones porque confiaron en la solvencia patrimonial y financiera resultante del informe de auditoría del caso. Lo realmente trascendente son los hechos y la causa de pedir, y estos son claros en el pleito. A partir de ahí, el Tribunal puede aplicar el Derecho (en el caso, el artículo 1902 CC), conforme al principio iura novit curia y concluir, con independencia de elucubrar acerca de si la CNMV hubiere intervenido o no, que la negligente actuación de los auditores propició que los inversores ignoraran la verdadera situación de la agencia de valores”.

Los argumentos son estimables, ciertamente, pero quizá haya que oponer el de que las entregas de dinero por los demandantes no tuvieron su *causa* en los informes de auditoría que luego se demostró que habían sido erróneos o equivocados. Esta circunstancia desarticula los argumentos basados en el hecho de que los deberes legalmente impuestos a los auditores están en directa relación con la fiabilidad de los documentos contables auditados. De hecho, la propia sentencia que comento se ocupa de encarecer la importancia de los informes de auditoría, precisamente, *en relación con terceros*.

Pero acaso haya razones para entender que el criterio de la resolución sobre la “*lejanía*” en materia de relación de causalidad es, en este caso, demasiado severa.

Dicho de otro modo, el *juicio de probabilidad* contenido en la sentencia es muy estricto. Da a entender que *no es seguro* que, de haberse conocido por la CNMV la real situación económica y financiera de “XM Patrimonios”, la CNMV habría actuado inmediatamente, realizando los actos oportunos para que la sociedad de valores no pudiera seguir funcionando como tal. Y, por ello, para haber evitado que los demandantes hicieran los desembolsos que motivaron su demanda.

Esto que acabo de decir *traslada* el problema de la responsabilidad del auditor a un plano diferente. No se trata tanto de la confianza creada en terceros por un informe de auditoría “limpio” pero equivocado, sino del deber del auditor de llevar a cabo la correspondiente *denuncia* ante la CNMV.

Y esto último nos lleva a la siguiente reflexión: si el auditor, por negligencia o impericia, no detecta irregularidades que su informe tendría que haber mencionado, su deber de denuncia ante la CNMV es una entelequia. ¿Qué va a *denunciar* un auditor que no se percató de irregularidades en las cuentas de la sociedad auditada?

Los demandantes del caso que dio lugar a la sentencia que comento hicieron bien al fundar su pretensión en la circunstancia de que el auditor no había denunciado irregularidades en su informe, para su conocimiento por parte de la CNMV. Ahora bien, insisto, ¿qué denuncia de irregularidades podía hacer un auditor que no se había percatado de su existencia?

Esto último nos lleva de nuevo a la más estricta reflexión en el plano de la responsabilidad civil. Porque, en efecto, no se entiende bien que una actuación profesional negligente pueda quedar impune, como de hecho ocurrió en el caso de la sentencia que comento.

Es verdad que *no es seguro* que, de haber sido correcto el informe del auditor, la CNMV hubiera actuado a tiempo para que los demandantes no hubiesen hecho sus desembolsos. Pero, colocándonos precisamente en el terreno de la *probabilidad*, puede considerarse como rayano en la certeza el aserto de que la CNMV habría privado a “XM Patrimonios” de su condición de sociedad de valores.

Pero de nuevo se plantea la cuestión cronológica. ¿Cuándo se habría producido el *desenlace final* de la intervención de la CNMV? ¿Habría sido antes o después de la fecha en la que los demandantes hicieron sus desembolsos?

Estas últimas preguntas dan pie para proponer que la sentencia podía haber hecho uso del criterio de la “*pérdida de oportunidad*” para condenar a los demandados, si no en la totalidad de los daños alegados por los demandantes, sí en una parte de ellos.

Porque la *incertidumbre causal* (no se sabe con seguridad qué habría ocurrido) es terreno abonado para la aplicación de la referida solución basada en la *pérdida de oportunidad*. Y esto, a pesar de los reparos que ese “criterio” (ya muy afincado en nuestra jurisprudencia) ha suscitado y seguirá suscitando en el plano conceptual.

En todo caso, lo que está claro es que la sentencia que he comentado abre las puertas a especulaciones doctrinales de marcado interés.

6. Decía al principio que el Pleno que dictó la sentencia comentada no pudo obedecer a un objetivo de *unificación de doctrina*, entendida esta expresión en el sentido de intentar poner fin a divergencias jurisprudenciales anteriores.

Creo que se debe entender que el propósito fue el de (valga también el modo de hablar) sentar un criterio *único*—también se comprende el significado que quiero dar a esta última palabra— para posibles casos *futuros* (que sin duda habrá) en demandas de responsabilidad de auditores de cuentas.

Esto justifica el intento de descubrir la *doctrina* que se desprende de la sentencia que he comentado.

A mi juicio, esa doctrina se resumiría en la afirmación de que el auditor responde cuando su informe incorrecto o erróneo es *causa* de la decisión de un tercero, que acaba resultándole dañosa. Sería la hipótesis del socio, a efectos de su voto en la aprobación de las cuentas de una sociedad mercantil. Esto último nos recuerda el caso resuelto por la sentencia del 14 de octubre de 2008. También tendrían cabida aquí los casos en los que un sujeto invierte o desinvierte *como consecuencia* de lo reflejado en un informe de auditoría. O incluso la hipótesis de quien concierta cualquier relación jurídica (una compraventa, un préstamo, etc.) con la entidad auditada.

Pero también podría considerarse *doctrina* de la sentencia comentada la consistente en afirmar que el auditor que realiza un informe equivocado no responde ante terceros por actos que éstos hubiesen realizado, o decisiones que hubieran adoptado, en tanto en cuanto esos actos o decisiones no tuviesen su *causa* en un incorrecto informe de auditoría.

En definitiva, la *doctrina* de la sentencia comentada residiría en situar el centro de gravedad del problema (la demanda del *tercero*) en el estricto y complejo plano de lo que conocemos como *relación de causalidad*.

6. Bibliografía

- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Responsabilidad por informar”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coordinador, MORENO MARTÍNEZ, J. A.), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 171-203.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Los deberes y la responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- FRADES DE LA FUENTE, E., *La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes*, Dykinson, Madrid, 1999.
- GARRETA SUCH, J. M., *La responsabilidad de los auditores por no detección de fraudes y errores*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L., *La responsabilidad civil profesional (de los teleinformáticos, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos-peritos, médicos-peritos y de los peritos judiciales en general)*, Colex, Madrid, 1996.
- PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, Madrid, 1996.
- SINDE MONTEIRO, J., *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989.