



El hecho contable como aporía jurídica: una reflexión (A propósito de la responsabilidad civil de los administradores y los auditores de las sociedades de capital)

Francisco Javier Sosa Álvarez

*Profesor de Finanzas y Contabilidad.
CUNEF*

Ana Isabel Segovia San Juan

*Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad.
UNED*

Guillermo Velasco Fabra

*Profesor de Derecho Mercantil.
CUNEF*

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio «Estudios Financieros» 2019** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

Este trabajo supone una oportunidad para llevar a cabo un estudio de carácter multidisciplinar en el que, partiendo del papel cada vez más importante de las empresas, llamamos la atención acerca de su «lenguaje», su «idioma», como campo de atención natural para el jurista. Por ello, este trabajo tiene por objetivo caracterizar la declaración implícita que, por medio de la contabilidad, hace el empresario de los hechos, actos y negocios jurídicos que afectan a la empresa. Esta declaración se configura como un deber jurídico complejo que, sin embargo, no tiene una inmediata correlación con un derecho subjetivo de donde nace la contradicción que da título a este trabajo. Ciertamente, el estudio tiene una necesaria base económica en general y contable en particular, puesto que se necesita comprender que la información económica está sujeta a juicios de valor y estimaciones. Con este enfoque se plantean, pues, las líneas que siguen.

Palabras clave: derecho contable; responsabilidad civil administradores; responsabilidad civil auditores.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Sosa Álvarez, F. J., Segovia San Juan, A. I. y Velasco Fabra, G. (2020). El hecho contable como aporía jurídica: una reflexión (A propósito de la responsabilidad civil de los administradores y los auditores de las sociedades de capital). *Revista CEFLegal*, 228, 5-36.



The accounting fact as a case of legal aporia: some reflections

(Regarding the Civil liability of administrators and auditors of capital companies)

Francisco Javier Sosa Álvarez

Ana Isabel Segovia San Juan

Guillermo Velasco Fabra

Abstract

This study gives us the opportunity to develop a multidisciplinary analysis from the increasingly role of companies thanks to which, we can focus on the legal aspects of its language. Thus, our contribution is aimed to defined the elements related to the implicit declaration made for the entrepreneur about facts, business activities and legal transactions by means of Accounting. This declaration is complex and mandatory. However there is not a correlated subjective right and this controversy is the explanation of the title of this paper. Obviously, our study needs a solid economic base as well as an accounting foundation because it must be understood that accounting information is prepared according to value judgments and accounting estimates. This is the focus that underlay in the next lines.

Keywords: accounting law; civil responsibility of administrators; civil responsibility of auditors.

Citation: Sosa Álvarez, F. J., Segovia San Juan, A. I. y Velasco Fabra, G. (2020). El hecho contable como aporía jurídica: una reflexión (A propósito de la responsabilidad civil de los administradores y los auditores de las sociedades de capital). *Revista CEFLegal*, 228, 5-36.



Sumario

1. Introducción
 - 1.1. Sobre la naturaleza jurídica del hecho contable
 2. La información contable como declaración jurídica
 - 2.1. La verdad contable: aspecto fáctico y normativo. Relación con el contenido declarativo
 - 2.2. Reflexiones sobre la responsabilidad civil de los administradores derivada del deber de contabilidad
 - 2.3. Reflexiones sobre la responsabilidad civil de los auditores de las sociedades de capital
 3. Conclusiones y futuras líneas de investigación
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Algunas películas y novelas de ficción prevén un futuro en el que no existirán países, sino grandes corporaciones. Se trata de una predicción que a nosotros nos produce escalofríos, aunque bien parece como la lógica consecuencia del creciente poder que tienen las empresas en el mundo actual. Así, la fundación Global Justice Now¹ elabora una lista comparando los ingresos anuales de los grupos de empresas más potentes con variables macroeconómicas de los países, para llegar a la conclusión de que la facturación de las 10 mayores empresas supera el producto interior bruto de 180 países, entre los que se encuentran algunas economías importantes como Irlanda, Indonesia, Israel, Colombia o Grecia, por citar solo algunos de los más conocidos. Poner en valor la historia o las tradiciones de los países será una interesante tarea a la que en buena medida se dedicarán los especialistas en los próximos años y solo nos queda, a los no especialistas en los campos de investigación involucrados, desearles el mayor éxito... por el bienestar común. Nuestro propósito, por el contrario, es más limitado, pues partiendo de esta evidencia (la creciente importancia de las empresas) nos proponemos estudiar, desde un punto de vista jurídico, algunos aspectos relacionados con el lenguaje formal que usan para transmitir información.

El Derecho analiza este lenguaje formal por las normas jurídicas que lo regulan y que en la actualidad están comprendidas básicamente en el campo natural del Derecho mercantil, aunque cada vez hay más voces reclamando un lugar propio². Estas normas obligan al empresario a custodiar la documentación general de la empresa, llevar la contabilidad y formular periódicamente las cuentas anuales integradas por el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria (art. 34.1 CCom.), así otros estados complementarios (por ejemplo, el informe de gestión tal y como se exige en el art. 262 TRLSC). A los fines de nuestro trabajo, en estos documentos se concreta una buena parte de la información que se transmite mediante este lenguaje formal al que nos venimos refiriendo. El conjunto configura un deber jurídico-público (Blanco Campaña, 1980, p. 172) complejo (Alonso Espinosa, 2009, p. 24) impuesto a todo empresario, cuyas características revisamos seguidamente.

¹ Disponible en su sitio de internet <www.globaljustice.org.uk>.

² En la propia introducción del Plan General de Contabilidad (PGC, en adelante) se indica: «[...] se incardina en el seno del Derecho Mercantil español un auténtico Derecho contable que ha dotado a la información económico-financiera de un marcado carácter internacional, para lo cual, el Plan General de Contabilidad, de modo similar a lo sucedido en otros países, ha sido un instrumento básico de normalización». Y antes de su aprobación podemos citar a Blanco Campaña y Cubillo Valverde (1993), Fernández Pirla (1986) y Navarro Faure (2007).

Se trata de un deber impuesto por el ordenamiento que evidencia, señalaba la teoría clásica, la existencia de un subordinado o titular pasivo, el empresario, y una contraparte o titular activo que debería tener el poder de exigir. Si nos atenemos a que el fin último reside en el correcto funcionamiento del sistema de economía de mercado, corresponde a una pluralidad de individuos la protección del mismo; pluralidad que abarca desde los protagonistas económicos del mercado hasta los poderes públicos en general. Sin embargo, la titularidad activa no se perfila con nitidez, pues el tercero con interés en la empresa (sea particular o poder público) carece del *derecho* a exigir que los libros obligatorios se lleven, ni material ni formalmente, como exige el artículo 25 del CCom., de forma ordenada, adecuada a la actividad de la empresa y que permita un seguimiento cronológico de sus operaciones.

Por ello, resulta idóneo trazar una fórmula alternativa que pasa por configurar un deber jurídico-público derivado de una norma superior que incide en el comportamiento de los empresarios que, sin embargo, no permite advertir, al menos de forma inmediata, un correlativo derecho subjetivo. Este comportamiento, en cuanto que tiene efectos en terceras personas, debe fundamentarse en las reglas de diligencia y de buena fe.

El carácter complejo proviene de que se trata de un lenguaje formal³ con características léxicas, gramaticales y semánticas propias, que ha sido objeto de investigación desde distintos ámbitos⁴. Además, desde un punto de vista jurídico, su complicación radica en que cada obligación impuesta al titular pasivo es causa de la siguiente por lo que, en el fondo, constituyen un solo deber. Así, la obligación de custodiar la documentación general de la empresa es necesaria para poder justificar la contabilidad de la explotación. Y la contabilidad plasmada en los libros obligatorios que han de llevar los empresarios es la base de los elementos de síntesis que conforman las cuentas anuales.

Por otra parte, los documentos a conservar son de muy diversa naturaleza (contratos, documentos públicos, facturas emitidas y recibidas, facturas rectificativas, albaranes, notas de entrega, justificantes, abonos de nóminas, letras de cambio y pagarés aceptados y entregados, correspondencia, actas de órganos colegiados...) y en formatos muy heterogéneos (papel, soporte telemático o dispositivos físicos o en internet para almacenar datos de forma masiva)⁵, que se deben conservar por un plazo de 6 años a contar desde la fecha del último asiento realizado en los libros (art. 30.1 CCom.).

³ Véase López Pérez y Rodríguez Ariza (2003).

⁴ Para ilustrar la génesis de nuevas normas contables en Estados Unidos, Garnsey y Fisher (2008), plantearon un interesante análisis de los componentes semánticos, sociolingüísticos, estructurales y naturales, propios del lenguaje contable. Pensamos que este análisis resume con claridad su carácter complejo. Más recientemente, y para explicar los componentes del marco conceptual de la contabilidad puede verse, con un enfoque parecido, Gerber, Gerber y Merwe (2014).

⁵ Cfr. Alonso Espinosa (2009, p. 25). Véase también el contenido del artículo 29.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria por su estrecha relación con la estimación directa de la base imponible.

Por lo que respecta al titular pasivo del deber jurídico-público complejo al que nos venimos refiriendo, conviene recordar que el artículo 25.1 del CCom. señala que es el empresario quien debe

llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario.

Mas esta aparente claridad es irreal e históricamente dio lugar a una fuerte controversia acerca de la posible exclusión de las obligaciones contables de los empresarios a los agricultores, los artesanos o los miembros de profesiones liberales o profesionales en sentido estricto. También la discusión acerca de las obligaciones de esta naturaleza en el caso de los navieros que no son comerciantes o cuando se producía una disociación entre empresario en sentido económico y jurídico, y que ocuparon a parte de la doctrina mercantil en su momento⁶. En buena medida, esto no era sino el producto natural de la falta de una definición del concepto de empresario en nuestro CCom., puesto que solo se detallan los sujetos mercantiles y la definición de comerciante que, en la actualidad, no se corresponde con toda la actividad mercantil, sino solo con un sector de la misma⁷. Se trata de un tema cuyo análisis justifica por sí mismo un completo trabajo, aunque no es el objeto principal de nuestro estudio. Por este motivo, permítasenos transcribir los sujetos que hoy están obligados a custodiar la documentación en general y a llevar la contabilidad, y que, siguiendo a Alonso Espinosa (2009, p. 31), pueden quedar en la forma siguiente:

- a) Todo empresario mercantil (ya sea por razón de su forma o de la naturaleza y contenido de su actividad, y con independencia de otros aspectos tales como la importancia de su actividad, su inscripción en el Registro Mercantil, la clase de su giro o tráfico o su nivel de instrucción).
- b) Con motivo de la promulgación de la Ley 16/2007 de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, otros operadores del mercado distintos de los descritos en el apartado anterior y que tiene que ver con el carácter general o generalizado del *Derecho contable* (expresión que marcamos en cursiva porque la utiliza el referido autor). A modo de ejemplo, las fundaciones, asociaciones, uniones temporales de empresas, profesionales titulados y trabajadores

⁶ Por todos, Blanco Campaña (1980, capítulo V).

⁷ Véase la crítica incluida en Domínguez Cabrera (2011).

autónomos no calificables como empresarios mercantiles, las comunidades de bienes, las sociedades civiles, las sociedades agrarias de transformación, etc.

- c) Los grupos de sociedades, aunque en este caso hemos de advertir que las obligaciones contables recaen en la sociedad dominante o matriz del grupo (véase RD 1159/2010 por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas con las modificaciones del RD 602/2016, de 2 de diciembre).

Si lo que acabamos de escribir explica la situación actual, la propuesta de Código Mercantil (disponible en el sitio de internet del Ministerio de Justicia)⁸ se refiere al planteamiento previsiblemente a seguir en el futuro próximo, que tratará de superar los problemas derivados de una definición dual de la figura de empresario abandonando una concepción caduca que no seguía ni la jurisprudencia ni la doctrina⁹ para dar entrada a «las personas incluidas en su ámbito» y a «las actividades desarrolladas en el mercado» (art. 001-1 de la Propuesta de Código).

En el caso de las personas jurídicas, la responsabilidad de cumplir con la llevanza de la contabilidad y de formular unas cuentas anuales veraces recae sobre los socios ilimitadamente responsables de las deudas sociales o sobre todos sus administradores, sean o no socios de la empresa¹⁰, de acuerdo con la redacción del artículo 37 del CCom. modificado por la Ley 16/2007. Es más, en su intento de subrayar la responsabilidad de estas últimas personas, el legislador ha previsto la posibilidad de que alguno de los obligados no firme las cuentas anuales, pero exige indicar en qué documentos falta y la mención expresa de la causa por la que no lo hace.

La complejidad antes aludida del lenguaje formal contable lleva a que el obligado al deber de llevar la contabilidad habitualmente encomiende (aunque no delegue) esta tarea en su orden material a terceros relacionados por contratos de trabajo o de obra o servicios, frente a los que se entiende concedida una autorización, salvo prueba en contrario (art. 25.2 CCom redactado conforme a la Ley 19/1989). Se trata de una presunción *iuris tantum* que no altera el sustrato de la responsabilidad del titular de la empresa, socio o administrador, aunque permite, en su caso, que estos últimos puedan exigir la reparación en el orden civil si la actuación de los encargados del trabajo les ha producido perjuicios¹¹.

⁸ <http://nuevocodigomercantil.es/pdf/Propuesta_codigo_mercantil.pdf> (último acceso 27 de diciembre de 2018).

⁹ En palabras, que compartimos, de Olivencia (2013, p. 17). Para mayor detalle puede verse el apartado 3 del trabajo citado. En sentido crítico puede consultarse Tena (2013).

¹⁰ Véase Alonso Espinosa (2009, p. 32).

¹¹ Esto es, los terceros distintos de los administradores o los socios que respondan ilimitadamente por las deudas sociales normalmente no pueden exigir responsabilidad a estos técnicos salvo los supuestos en los que resulte de aplicación la responsabilidad extracontractual o la penal o civil derivada de la coautoría o la cooperación necesaria para cometer un delito de los tipificados (véanse arts. 27 y ss. y el cap. XIII. *De los delitos societarios*, CP).

Antes de abordar la caracterización del *hecho contable* pensamos que procede retomar el fin último de la contabilidad en general, y de la llevanza de la contabilidad por el sujeto obligado en particular, y que no es otro que el correcto funcionamiento de la economía de mercado, pues de esta forma identificamos el bien jurídico protegido. Su análisis ha sido realizado desde distintos puntos de vista¹², que pueden ser resumidos, siguiendo a Ríos Corbacho (2005, p. 63), en dos corrientes:

De una parte, se podría entender que el bien jurídico protegido es el derecho de los terceros a disponer de una información completa y veraz sobre la situación económica y financiera de la empresa¹³. Esta tesis plantea no pocos problemas. Así, por ejemplo, pudiera producirse una confusión entre el bien jurídico protegido y la *ratio legis* de las normas¹⁴. Además, la información completa y veraz exige mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, que va más allá de una mera exactitud matemática, pues tiene que ver con la aplicación sistemática de un conjunto de normas. Aunque es la base de nuestro argumento, y por ello le dedicaremos más atención en el siguiente epígrafe, permítasenos anticipar que esa aplicación está sujeta a juicios de valor que exigen subrayar el fondo económico de la transacción a registrar por encima de su forma jurídica¹⁵. Además, su representación atiende a la propia importancia relativa que requiere un análisis individualizado, por lo que un error en la contabilización de un gasto de 20.000 euros puede ser importante en una empresa y sin relevancia en otra.

Por ello, pensamos que es más acertada la corriente que pone el énfasis no tanto en la información a los socios, sino en la *funcionalidad del documento en las relaciones jurídicas*, en palabras de Martínez-Buján Pérez (1999, pp. 202-203)¹⁶, con el ánimo de proteger un solo bien jurídico: el patrimonio de los socios¹⁷. Para ello, no nos cabe la menor duda, la mejor

¹² Por ejemplo, en Zúñiga Rodríguez y Foffani (2000) y en Sequeros Sazatornil y Dolz Lago (2017), se insiste en la idea de la pluriofensividad, por cuanto se trata de proteger tanto el derecho de la sociedad a obtener una información veraz y completa como el de los terceros que adoptan decisiones sobre esta información. Otro enfoque trata de enfatizar la protección de la fe pública implícita en la funcionalidad de las cuentas anuales (véase Ferré Olivé, 1999), y en viva oposición a este planteamiento Fernández Teruelo (2002).

¹³ Por todos, Del Rosal Blasco (1996, p. 1.444).

¹⁴ En este sentido, Fernández Teruelo (2002).

¹⁵ El trabajo de Martín López (2013), aunque aplicado al ámbito del Derecho tributario, contiene reflexiones válidas para nuestro trabajo que permiten entender mejor las implicaciones jurídicas y económicas de esta doctrina.

¹⁶ En la misma línea, entre otros, Faraldo Cabana (2015), Muñoz Conde (2017) y Fernández Teruelo (2002).

¹⁷ Véase, en este sentido, el propio artículo 290 del CP cuando se refiere al falseamiento de la información de forma idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad, a alguno de sus socios, o a un tercero. Incluso el artículo 291 del CP, cuando hace extensiva la comisión del delito a los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieron acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma. Así, por ejemplo, la aprobación de unas cuentas anuales

forma de salvaguardarlo es contar con información completa y veraz, como dice la norma, para valorar la gestión de los administradores y para que los terceros distintos de los socios puedan adoptar decisiones óptimas en su relación con la entidad que informa. Así, tiene todo el sentido que con la aprobación del CP de 1995, el delito de falsedad extendiera su objeto material no solo al balance, como ocurría hasta entonces, sino a las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica y económica de la empresa. Este conjunto informativo tiene su raíz material en la documentación relativa al negocio y su génesis formal en su *traducción* a lenguaje contable, lo que nos lleva al objeto material del denominado Derecho contable, que no es otro que el *hecho contable* al que nos dedicamos seguidamente.

1.1. Sobre la naturaleza jurídica del hecho contable

Definimos el hecho contable, siguiendo a Fernández Pirla (1986, p. 28), como la «versión interpretada, homogénea y calificada de una realidad económica o socioeconómica».

Pensamos que una sucinta aclaración de estos términos puede ser de utilidad. Así, entendemos que es una *versión* por cuanto no existe relación de identidad entre el hecho contable y la heterogénea documentación a que antes nos hemos referido y que constituye su fundamento. La relación entre esta última y el hecho contable requiere la *interpretación* acerca de la norma que resulta de aplicación al supuesto de hecho desencadenante¹⁸ y que revisamos a continuación. Es *homogénea* cuando se valoran en una unidad común los elementos que se integran en la entidad y que tienen naturaleza heterogénea. Al ofrecer información en términos monetarios se homogeneiza lo que de otra forma no permitiría las más elementales operaciones de sumar para conocer los bienes controlados por la empresa, o restar los activos de los pasivos para determinar su patrimonio neto o calcular el excedente obtenido en un periodo restando los gastos de los ingresos. Se trata de una versión *calificada*, puesto que el hecho contable exige apreciar aspectos cualitativos (por ejemplo, el equilibrio entre el coste de ofrecer información y los beneficios derivados de la misma o los gastos que son necesarios para generar los ingresos del periodo). Finalmente, la referencia a la *realidad económica o socioeconómica* tiene que ver con el suceso desencadenante del *hecho contable* que puede

que no reflejan la imagen fiel del patrimonio, situación financiera o resultados de la sociedad, amparándose en una mayoría beneficiada por la aprobación. Véase, en este sentido, Segovia San Juan (2001).

¹⁸ En concreto, dice Fernández Pirla (1986, p. 28):

Toda interpretación, como sabemos, tiene factores subjetivos, o dicho en otros términos, la interpretación es necesariamente relativa. La relatividad en la interpretación de los hechos económicos puede agrandarse –y con frecuencia así sucede– por la incertidumbre que les afecta. Una de las grandes tareas del técnico contable contemporáneo, producto a su vez de la investigación científica, es reducir el grado de incertidumbre y objetivizar el proceso de interpretación de la realidad económica, y así ha nacido la doctrina de los llamados principios de contabilidad generalmente aceptados, como fundamento y base para la captación contable de la realidad económica.

ser de muy diversa naturaleza y adquirir la forma de un «hecho jurídico» cuando es producto de causas naturales (por ejemplo, una inundación que afecta a bienes de la empresa), un «acto jurídico» cuando media la voluntad de la entidad (por ejemplo, la propuesta de distribución de los beneficios obtenidos por la compañía) o un «negocio jurídico» en el supuesto de que se trate de una declaración de voluntades amparada por el ordenamiento (por ejemplo, la perfección de un contrato de arrendamiento por la sociedad).

En ocasiones, como ya indicábamos en Sosa Álvarez y Segovia San Juan (2018), este hecho contable adopta la forma de asiento o anotación en el libro diario, donde se recogen cronológicamente ordenados. El método habitualmente seguido para su traslación como registro contable es el de la partida doble¹⁹, que se basa en analizar cada operación que afecta al patrimonio empresarial desde una doble óptica: su causa y su consecuencia, su origen y su destino o aplicación. No hemos encontrado ninguna norma que exija la aplicación de este método por lo que, al menos teóricamente, se podría utilizar el método de partida simple que, como es lógico pensar, pasa por estudiar cada transacción desde un solo punto de vista. A modo de ejemplo, el extracto del saldo de una cuenta bancaria es ilustrativo de una información por partida simple, pues la entidad de crédito informa de los cobros y pagos producidos en una cuenta, así como de la liquidez que queda. Puede ocurrir que una información tan pobre como la que se obtendría por aplicar el método de partida simple no cumpliera el objetivo de llevar una contabilidad que permitiera elaborar el balance, que, implícitamente, se apoya en la metodología de la partida doble, al diferenciar el activo, la estructura económica o las inversiones, de un lado, y el patrimonio neto y el pasivo, la estructura financiera o las fuentes de financiación, de otro. Pensamos que tampoco habría ningún obstáculo en mejorar la información a través de una contabilidad por partida triple (descomponer cada hecho económico desde tres puntos de vista), cuádruple e, incluso, múltiple (Arriaga Gómez, Cuadrado Ebrero y Sosa Álvarez, 1998), aunque estas opciones son en la actualidad meros ensayos teóricos.

El método de la partida doble para registrar cada transacción se apoya en la cuenta como instrumento de representación y medida²⁰ de cada uno de los elementos del patrimonio, así como en un convenio o acuerdo para anotar sus variaciones. Su aplicación mecánica configura la denominada «teneduría de libros»²¹. Ahora bien, cuando nos referimos a la contabilidad como

¹⁹ Este método daba como consecuencia, en palabras de Sáez Torrecilla (1991, pp. 29 y ss.), el mantenimiento de la ecuación fundamental a lo largo de toda la vida de la empresa, según la cual, el activo era igual al pasivo más el neto patrimonial.

²⁰ Por todos, Rivero Romero (2001, cap. III).

²¹ Por su interés reproducimos a continuación lo escrito por Urías Valiente (2006, p. 17) en la presentación de su obra:

La Contabilidad, como disciplina que tiene como misión principal suministrar información económico-financiera relevante, es decir, útil para los usuarios de la misma, aborda fundamentalmente dos problemas: uno, la medición del valor por el que han de convertirse en unidades monetarias las diferentes transacciones que afectan al ente sujeto de la contabilidad [...] y otro,

lenguaje formal, que es el enfoque adoptado en este trabajo, estamos pensando en un sistema de información complejo que se adentra en problemas valorativos condicionados por juicios de valor y que sirve de base para desarrollar toda una moderna investigación empírica contable basada en comportamientos, ya del usuario de la información, ya de los propios mercados²².

No queremos terminar este apartado sin reclamar que el hecho contable tiene otras manifestaciones distintas del asiento contable. Así, el hecho contable puede adoptar la forma de una descripción contable por incluirse en la información periódica que formulan las empresas, como ocurre, por ejemplo, con la información sobre hechos posteriores al cierre del ejercicio que se incluye en la memoria, o los avales prestados, de los que también se facilitan datos en la memoria o la información sobre los riesgos empresariales que se incluye en el informe de gestión, y que no generan un asiento contable propiamente dicho. La valoración del impacto económico y financiero de esos hechos posteriores al cierre, la probabilidad de hacer frente a los compromisos de esos avales o la identificación y valoración de los riesgos empresariales no hace más que subrayar el papel de las estimaciones a que antes nos hemos referido.

Además, el hecho contable puede tener la forma de una combinación de ambos: asiento y descripción contable. Pensemos en el caso que se produce cuando se adquieren acciones propias o se lleva a cabo un programa de desarrollo que precisa realizar una anotación contable en el libro diario y además exige una descripción en el informe de gestión. Otro ejemplo podrían ser las operaciones con partes vinculadas que se registran por medio de un asiento contable, debiendo añadir descripciones complementarias en la memoria.

2. La información contable como declaración jurídica

Acabamos de revisar las distintas manifestaciones del hecho contable, que son el medio para exteriorizar una información que consta o debe constar a la entidad que informa. Desde el punto de vista del Derecho, estas declaraciones se podían clasificar dentro de las denominadas de «conocimiento, ciencia o verdad» o entre las declaraciones llamadas de «voluntad». Tradicionalmente, la doctrina entendía que la diferencia entre ambas residía en el contenido intrínseco de la manifestación, mas en los momentos actuales se tiende a discutir la finalidad y efectos jurídicos que puedan producir. De acuerdo con este último planteamiento, estaremos ante una declaración de ciencia o verdad cuando proporciona al destinatario la

la asignación de los resultados obtenidos en la gestión a los diferentes periodos de tiempo en los que se divide la actividad económica. Para llevar a cabo esta función, la Contabilidad dispone de un aparato formal de técnica de registro de esa información –Teneduría de libros– y de un aparato conceptual que configura las reglas por las que se rigen los diferentes sistemas de registro –*Contabilidad en sentido estricto*– [resaltado del propio autor].

²² Cfr. Mattessich (1992, p. 10).

constatación de un hecho determinado, con independencia de los resultados o productos que de esta declaración pudieran producirse. Por el contrario, la declaración de voluntad no solo exterioriza el pensamiento del declarante, sino que se expresa con el objetivo de producir intencionadamente efectos jurídicos vinculantes en el receptor de la declaración.

En el ámbito concreto de la información contable, se trata de un tema no pacífico, encontrando quienes entienden que se trata de una declaración de conocimiento o verdad²³ frente a quienes consideran que es una declaración de voluntad (Marina García-Tuñón, 2008). La cuestión no es baladí, pues late con fuerza en el fondo el problema de la responsabilidad derivada de tal manifestación.

Bien pensamos que antes de abordar esta cuestión, por sus implicaciones, debemos tratar el objeto de la declaración, que no es otro que la verdad contable.

2.1. La verdad contable: aspecto fáctico y normativo. Relación con el contenido declarativo

La diferencia entre la verdad jurídica (*lo que dicen las normas*)²⁴ y la verdad fáctica (*lo que de hecho sucede*)²⁵ adquiere matices sumamente interesantes en nuestro objeto de estudio.

Y esto es así porque, en el ámbito del Derecho contable, desentrañar lo mandado por una norma contable exige conocer su finalidad que, entendemos, no es otra que representar verazmente la realidad a través del hecho contable. Queda así la transacción, entendida como el suceso que afecta a la entidad, como verdad fáctica, y su versión interpretada, homogénea y calificada conforme a las reglas jurídicas como su verdad jurídica.

²³ Alonso Espinosa (2009, p. 37) y Vicent Chuliá (2002, p. 189), quien además destaca las siguientes implicaciones de esta calificación:

1. Es eficaz con independencia de la voluntad y capacidad del declarante.
2. No se revoca, sino que se rectifica libremente si se cometió error en su registro.
3. No prueba, por sí sola, actos jurídicos.
4. No permite, por su sola base, la adquisición de derechos por terceros de buena fe (ni aún con su inscripción registral).
5. El hecho de que recoja deudas no la constituye en reconocimiento de deuda que impida la prescripción del derecho a su cobro.

²⁴ El estudio de la evolución de la verdad jurídica es un tema sumamente atractivo que, no obstante, debemos dejar de lado, porque pensamos que puede distraer el recorrido abordado. En todo caso, un ciclo de conferencias dictadas por Foucault en 1973, y luego publicadas en Foucault (1980), puede ser de gran ayuda para ilustrar este tema. El análisis de la evolución de la verdad en contabilidad conectada a la transición filosófica de la verdad propiamente dicha puede verse en Franco Ruiz (2014).

²⁵ Véase el interesante análisis acerca de la diferencia entre normatividad y factibilidad propuesto por Ferratoli (2011, pp. 10 y ss.).

Bien nos parece que la finalidad de la contabilidad debería ser ofrecer información útil para la adopción de decisiones, y a ello se debe orientar la verdad contable. El problema es que el grupo de destinatarios que fundamentan, en buena medida, sus decisiones en la información contable es tan numeroso y dispar que solo en aspectos mínimos pueden presentar puntos de convergencia. Se trata de una hipótesis que nos gustaría contrastar en el futuro de forma empírica por sus implicaciones jurídicas en los conceptos ahora abordados.

A modo de ejemplo, se podría partir del proceso decisional de un inversor a corto plazo que debería estar interesado en una información contable que le permitiera conocer la rentabilidad y la tesorería que genera el negocio a corto plazo y, probablemente (esto es lo que deseamos investigar en el futuro), el valor de liquidación de los activos y los pasivos de la compañía.

Por su parte, un inversor a largo plazo necesitará información para conocer la solvencia y la rentabilidad de la empresa en este horizonte. Es probable que esta última no tanto a partir de la información que facilita la cuenta de pérdidas y ganancias, sino por el resultado global del que se informa en el estado de cambios en el patrimonio neto. A buen seguro tendrá interés en conocer el importe recuperable de los activos, así como la valoración de las deudas por su coste amortizado (calculado de conformidad con lo previsto por el PGC).

Para un acreedor a corto plazo será fundamental conocer el flujo de efectivo que queda para atender la amortización de la deuda, así como los costes financieros. También estará interesado en el nivel de endeudamiento de la empresa a corto plazo y los activos corrientes con los que cuenta, valorados con el criterio más conservador.

La simplicidad de las situaciones propuestas creemos que no impide concluir de forma clara que una información contable realmente útil para un inversor a corto plazo no puede cubrir las necesidades de un inversor a largo plazo y, mucho menos, las de un acreedor a corto o largo plazo, las del Estado (por temas fiscales y por cuestiones de política económica), la que precisan los trabajadores, etc. La verdad contable, por acomodarlo a nuestro trabajo, es poliédrica; desde un punto de vista analítico cada grupo de usuarios de la información contable necesitará datos diferentes para alimentar diferentes funciones de utilidad.

Sin embargo, la verdad jurídica debe ser única, probablemente por imperativo del tráfico mercantil y por cuestiones de seguridad jurídica. A nivel internacional, y abusando²⁶ del equilibrio que debe existir entre el coste de suministrar la información contable y los beneficios derivados de la misma, se seleccionaron los datos requeridos por los inversores (por encima de todos los demás) como los que marcan el proceso informativo²⁷. Por su parte, el Derecho contable es-

²⁶ Véase, entre otros, la crítica enunciada en su momento por Sterling (1988).

²⁷ A modo de ejemplo, [la norma internacional de contabilidad](#) aprobada por el International Accounting Standard Board, y que trata el marco conceptual para la contabilidad financiera, esto es, sus elementos fundamentales, señala en su párrafo 10: «Las informaciones contenidas en los estados financieros que

pañol, con su vocación de orientación hacia estos estándares internacionales, asume, siquiera sea de forma implícita, la selección hecha. Vemos en conclusión que entre las múltiples verdades contables se elige una que se representa de forma relativamente eficaz por la normativa integradora del Derecho contable y que constituye el marco de referencia de la verdad jurídica.

Convenimos con Sosa Álvarez y Segovia San Juan (2018) que el hecho contable tiene más puntos en común con las declaraciones de ciencia (verdad o conocimiento) que con las declaraciones de voluntad, pues su eficacia jurídica no se produce *ex voluntate*. Su peculiaridad proviene de que es una declaración derivada de un mandato legal que lleva a que los datos contables, en forma de hechos contables, y sus justificantes no sean producto de la voluntad del empresario, sino que existen con independencia de ella. Pero debe recordarse que la interpretación de la realidad que subyace en el hecho contable es una, la que elige el legislador, como podría ser otra si los criterios seleccionados hubieran sido distintos.

2.2. Reflexiones sobre la responsabilidad civil de los administradores derivada del deber de contabilidad

El recorrido realizado hasta ahora nos sitúa en el hecho contable como una verdad fáctica que es interpretada conforme unas reglas que consideran la utilidad de la información para unos destinatarios concretos, los inversores en general, y más próxima a la declaración de ciencia o verdad en el sentido de proporcionar a (todos) los potenciales destinatarios de esa manifestación la constatación de un hecho determinado, con independencia de los resultados o productos que de esta declaración pudieran producirse. Esta declaración, por aquí comenzábamos, se configura como un deber jurídico-público complejo impuesto a todo empresario. El interés de su estudio reside en el espectacular aumento en los últimos años de procesos judiciales (Ruano Mochales, 2017) en los que se ha acreditado el incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad tal y como acabamos de describirlo, abriendo la posible responsabilidad²⁸ de los administradores y de los auditores a la que luego vamos a aludir.

Convenimos con Parra Lucán (2014) que se observa el hecho paradójico de que cada vez hay un mayor esfuerzo doctrinal y jurisprudencial por construir una responsabilidad directa de la

cubran sus necesidades [las de los inversores], cubrirán también muchas de las necesidades que otros usuarios esperan satisfacer en tales estados financieros». No queda claro el criterio seguido para su elección, ni siquiera la justificación final que acabamos de transcribir, aunque el análisis realizado en las páginas anteriores evidencia, bien a las claras, que este objetivo (cubrir con una sola información las necesidades de un amplio abanico de usuarios) no parece posible de cumplir. Esta norma internacional de contabilidad está disponible en <<http://www.icac.meh.es>> (último acceso 27 de diciembre de 2018).

²⁸ De forma muy gráfica, aunque, en nuestra opinión, algo exagerada, Ocaña Rodríguez (2013) reproduce unas palabras de Martínez-Calcerrada y Gómez, magistrado del Tribunal Supremo y ponente habitual en sentencias de responsabilidad de administradores, quien dice que «en el Derecho positivo, lo que no es responsabilidad, es mera estética jurídica».

persona jurídica en los casos en los que el daño se produce dentro del ejercicio de su actividad, y de forma simultánea la creciente necesidad por establecer responsabilidades de los miembros de sus órganos de administración y que hayan sido causantes de los daños. Por ello concluye:

El problema que se plantea es que, precisamente, una vez afirmada la responsabilidad directa de la persona jurídica por la actuación de sus órganos, hay que determinar los criterios con arreglo a los cuales puede sostenerse la responsabilidad de las personas físicas.

En orden a su exposición, parece que el primer aspecto que hay que analizar, siguiendo a Marín de la Bárcena (2014), es si el mero incumplimiento de los deberes de ordenada llevanza de la contabilidad o el incumplimiento de los deberes de correcta formulación, presentación y publicación de las cuentas anuales puede generar responsabilidad externa, es decir, frente a terceros, o solo responsabilidad interna por daños al patrimonio social, esto es, frente a la sociedad. A tenor de lo dispuesto en el artículo 236 del TRLSC²⁹ (con la redacción conforme la Ley 31/2014), la conclusión parece hoy más clara aunque no siempre lo ha sido. De hecho, hasta que no triunfó la tesis organicista en torno a las personas jurídicas a mediados del siglo XX, los administradores eran concebidos como mandatarios de la sociedad³⁰ y solo respondían frente a ella «por el buen desempeño de las funciones a su cargo» (Font Galán 2005, pp. 71 y ss.).

²⁹ «1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

3. La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

4. Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella.

5. La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador».

³⁰ De conformidad con el Código de Comercio de 1829, los administradores eran mandatarios y, por ello, no eran «responsables personalmente sino del buen desempeño de las funciones que según estos mis-

Como bien señala Ocaña Rodríguez (2013), el cambio fue muy importante puesto que la responsabilidad de los administradores no tiene buen encaje dentro del mandato³¹. Y es posible que, por esta causa, aún hoy exista un amplio sector doctrinal que concluye que los terceros no pueden exigir responsabilidad por la infracción de este tipo de deberes, puesto que se prestan únicamente frente a la sociedad, de tal forma que el incumplimiento solo puede generar responsabilidad interna exigible por los daños al patrimonio social. Entienden que lo dispuesto en el artículo 236 del TRLSC antes transcrito se relaciona con la denominada responsabilidad por injerencia³², de forma que, opina este sector de la doctrina, se trataría de una mera norma de remisión al derecho de la responsabilidad civil (contractual o extracontractual), y no una verdadera acción societaria que permita a esos terceros exigir responsabilidad a los administradores.

Por el contrario, la tesis mayoritaria es que la infracción de los deberes propios del cargo de administrador puede generar responsabilidad frente a terceros. Convenimos con Marín de la Bárcena (2014) que

los administradores no solo responden frente a terceros cuando causan inmediatamente un daño como consecuencia de un actuar precedente generador de riesgos (responsabilidad por injerencia), sino también cuando incumplen el deber de velar porque la sociedad cumpla con sus deberes de protección frente a terceros (responsabilidad por asunción).

También hay cierto consenso en que no es posible un tratamiento uniforme al problema de la responsabilidad civil de los administradores, puesto que no siempre tienen la misma condición jurídica ni las mismas competencias³³.

mos reglamentos están a su cargo» (cf. art. 276). Esta línea se mantiene en la primera redacción del CCom. de 1885 pero cambia con la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, que ya da entrada a la acción social y a la individual, aunque matizada para no hacer peligrar, decía textualmente la exposición de motivos, «la pureza administrativa que es norma y blasón de la gran mayoría de las empresas españolas».

³¹ En concreto señala:

Si un mandatario causa al tercero algún tipo de daño, sea porque ha existido extralimitación, sea porque haya incurrido en *culpa in contrahendo* o en ilicitud extracontractual, no parece «en principio» que tal daño pueda ser imputado de modo directo al mandante ni que este tenga en consecuencia derecho de repetición contra el mandatario.

³² Véase Marín de la Bárcena (2014).

³³ Es interesante el problema de los administradores de las sociedades civiles, pues nada impide que los socios designen a un tercero. Convenimos con Paz-Ares Rodríguez (1991, p. 1.453) que en ese caso resultaría de aplicación al artículo 1.726 del CC, que rige la responsabilidad del mandatario, apuntando adicionalmente los problemas relativos a cuando existe una pluralidad de administradores en ese supuesto. Por abundar en esta falta de homogeneidad, podríamos tratar el caso de los administradores de sociedades colectivas, puesto que son los propios socios los que gestionan la sociedad, no siendo posible la concurrencia de un tercero en esa posición. Su responsabilidad se regiría conforme los artículos 127 a 132 del CCom. (véase Parra Lucán [2014, pp. 15-16], quien trata a continuación la responsabilidad de los administradores de sociedades en comandita y de las agrupaciones de interés económico).

Un análisis sucinto del antes referido artículo 236 del TRLSC nos lleva a las siguientes conclusiones:

- 1.º El daño, al que luego nos referiremos, debe quedar acreditado y ser consecuencia de actos u omisiones contrarias a la ley o a los estatutos³⁴ que, salvo prueba en contrario, se benefician de la presunción *iuris tantum* de culpa. Si se incumplen los deberes de diligencia³⁵ en el desempeño de las funciones de administración, se requiere adicionalmente la presencia de dolo o culpa, es decir, se trata de una obligación que requiere cierta aptitud para el cargo pero que se puede calificar como de medios y no de resultados; los administradores deben desplegar una conducta diligente y leal pero no pueden ser responsables *per se* por el mero hecho de no obtener resultados positivos³⁶. Por otra parte, la responsabilidad alcanza al administrador que ha participado tanto en la adopción de la decisión lesiva como en su ejecución (por ejemplo, quedaría sujeto a responsabilidad el miembro del órgano de administración que no haya intervenido en la adopción del acuerdo o acto dañoso pero sí en su ejecución)³⁷.
- 2.º La norma analizada extiende la responsabilidad al llamado «administrador de hecho» (art. 236.3 TRLSC) y a la alta dirección cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados (art. 236.4 TRLSC). En concreto, el administrador de hecho se define como la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido³⁸, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad. En nuestra opinión, este último inciso nos parece peligroso por cuanto puede comportar la responsabilidad de cualquier persona que ejecute decisiones de los administradores (por ejemplo, por

³⁴ Interesa recordar en este punto el llamado «incumplimiento legítimo» de aquellas normas estatutarias con un carácter marcadamente nulo, de tal forma que cumplirlas supondría la comisión de un delito o la contravención de normas legales imperativas o prohibitivas. Véase Quijano González (1989).

³⁵ Estos deberes de diligencia están bien caracterizados en los artículos del TRLSC (con la redacción de la Ley 31/2014) 225 (deber general de diligencia), 226 (protección de la discrecionalidad empresarial), 227 (deber de lealtad), 228 (obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad), 229 (deber de evitar situaciones de conflicto de interés) y el artículo del 230, por cuanto regula el carácter imperativo de los artículos antes mencionados y ciertas dispensas que, en definitiva, dibujan un sistema de imputación culpable facilitada *ex lege* y no tanto un sistema de responsabilidad objetiva (cfr. Ocaña Rodríguez, 2013).

³⁶ De la variada jurisprudencia al respecto recordamos la STS 553/1995, de 12 de junio de 1995. Llamamos la atención sobre el bien documentado trabajo de Blanco Pérez-Rubio (2014), pues, a nuestro modo de ver, abre una interesante línea de trabajo futura que nos proponemos seguir.

³⁷ Véase el artículo 237 del TRLSC, que excluye expresamente de responsabilidad a estos administradores.

³⁸ Por su claridad, la STS de 3 de septiembre de 2012 (NCJ057520), que impone ciertos deberes de conducta derivados de la buena fe a un administrador que, tras haber sido cesado en su cargo, emprende y desarrolla actividades de competencia contra la sociedad.

mandato de estos o como sus gestores para determinados asuntos)³⁹, aún sin tener la formación ni la información necesaria para apreciar el daño que puedan producir frente a terceros.

- 3.º En lo relativo a probar la culpa (cfr. arts. 1.101 y 1.902 CC), que inicialmente corresponde al demandante, hay que comenzar recordando que si el daño es consecuencia de incumplimientos previstos en la ley o los estatutos, queda reducido a demostrar tales incumplimientos. En otro caso, el proceso de objetivación de la responsabilidad civil subjetiva se ha ido manifestando en la inversión de la carga de la prueba, provocando un efecto atenuado del valor de la prueba al imputar la responsabilidad. Dejamos para otro momento la interesante discusión acerca de la posibilidad de admitir no solo el dolo directo (cuando el administrador quiere el perjuicio ajeno), sino también el dolo eventual (cuando el daño no se busca directamente aunque el administrador es conocedor de su estrecho vínculo con los actos u omisiones realizados)⁴⁰.
- 4.º Las causas de dispensa están expresamente reguladas en lo relativo a las situaciones de conflicto de intereses (art. 230.2 TRLSC). Con ser un tema relevante, encontramos que tiene una redacción ciertamente confusa, pues reclama el régimen imperativo para el deber de lealtad, por lo que podrían existir dudas acerca de su extensión a los otros deberes. Además, al tratar las dispensas hace una referencia implícita al deber de lealtad, aunque en realidad se refiere a lo previsto en los supuestos de conflicto de intereses. Tampoco es admisible exonerar de responsabilidad en el caso de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado posteriormente por la junta general (art. 236.2 TRLSC). En sentido contrario habrá que entender que cuando concurren al supuesto analizado el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1.105 CC con remisión a los arts. 1.183, 1.575 y 1.896 CC), se quiebra la responsabilidad aquí tratada.

Llegados a este punto, queremos llamar la atención sobre la aparente dificultad lógica del problema planteado y que da título a este trabajo. Bien parece que no hay duda en torno a que el deber de lealtad de la contabilidad que se plasma en una información contable veraz encuentra numerosos puntos en común con las declaraciones denominadas como de ciencia o verdad. Ocurre también que estas declaraciones (de ciencia o verdad) se caracterizan por ser independientes de los resultados que produzcan en terceras personas. Por su parte, el artículo 236 del TRLSC, que acabamos de comentar, prevé la responsabilidad de los administradores por actos u omisiones que causan daños. Al tratarse de un acto (manipular la información para que sea inveraz) o una omisión (excluir información relevante o simplemente no facilitar información contable) contraria a los deberes inherentes al cargo de administrador, parece que será preciso acreditar el dolo o la culpa. Y si el recorrido expuesto hasta este momento es así,

³⁹ Cfr. la crítica de Parra Lucán (2014, p. 29), quien además aporta una extensa jurisprudencia avalando su posición.

⁴⁰ A favor de su admisión, entre otros, Mayo Calderón (2005) y Luzón Peña y Roso Cañadillas (2010, p. 23). En contra de la inclusión del dolo eventual Serrano Gómez y Serrano Maillo (2011).

tiene escasa relación una declaración caracterizada por no tener efectos en terceras personas con la responsabilidad derivada de los daños indirectos a esas terceras personas a través del daño directo al patrimonio empresarial (por medio de la acción social que más adelante analizaremos), e incluso el supuesto de daño directo a esas terceras personas por actos u omisiones de los administradores (mediante el ejercicio de la acción individual que luego trataremos).

En nuestra opinión, la solución a esta paradoja pasa por trabajos multidisciplinarios, pues solo de esta forma se puede entender que la información veraz que predica la ley no es unívoca, sino que más bien al contrario es un término polisémico basado en estimaciones y juicios de valor entre los que el legislador ha optado por unos⁴¹. Por este motivo, hemos dejado escrito que se trata de una declaración que comparte más puntos de unión con las de ciencia (debe existir coincidencia entre una verdad contable fáctica y la verdad contable jurídica), pero, ahora añadimos, también encuentra coincidencias con las declaraciones de voluntad por cuanto el administrador busca, directa o indirectamente, resultados en las decisiones de otras personas a través de la información contable⁴².

⁴¹ De las múltiples referencias que podríamos incluir aquí, y para no extendernos mucho más, recordamos que unos activos se deben valorar al menor entre su coste histórico y su valor realizable neto (por ejemplo, las existencias), otros activos por el menor entre su coste histórico y su importe recuperable (los elementos incluidos en el inmovilizado material, intangible y las inversiones inmobiliarias) y otros activos por su valor razonable (las inversiones mantenidas para negociar y los activos financieros disponibles para la venta). La mayoría de los gastos e ingresos se incluyen en la cuenta de pérdidas y ganancias, pero hay unos gastos e ingresos (por ejemplo, el importe de las subvenciones o los ajustes en inversiones financieras disponibles para la venta) que están excluidos de la cuenta de pérdidas y ganancias pues se integran en el patrimonio neto. Unos pasivos se reconocen por su valor nominal (deudas comerciales sin tipo de interés y con vencimiento no superior a 12 meses), mientras que otras se registran por su coste amortizado e incluso otras, los pasivos financieros para negociar y los pasivos financieros híbridos, a valor razonable. Sobre la relevancia de los juicios de valor se puede consultar Cuadrado Ebrero y Valmayor López (1998, pp. 141 y ss.).

⁴² Nos parece de sumo interés la sentencia recurrida en casación por la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de enero de 2013 (recurso 336/2012) en relación con una mercantil que entra en concurso de acreedores después de constatar la existencia de pérdidas no reconocidas en contabilidad en los ejercicios anteriores. Los acreedores promueven la acción de responsabilidad contra los administradores y la Audiencia considera acreditado que, de haber conocido esta mala situación, los acreedores habrían solicitado garantías adicionales para protegerse contra el impago. En concreto, señala la Audiencia Provincial lo siguiente, que por su interés reproducimos a continuación:

Si bien el conocimiento de la mala situación económica de una sociedad se puede difundir en el mercado a través de las cuentas, no exige al acreedor que tenga acceso directo y material a ellas. Los mecanismos a través de los cuales esa información circula en el mercado son muy numerosos y no exigen ni que las cuentas se hayan hecho públicas por el Registro Mercantil ni que los acreedores se hayan interesado en consultarlas. Las entidades financieras y las aseguradoras del crédito constituyen canales a través de los cuales ese conocimiento se difunde con tanta más eficacia que la que asegura la publicidad derivada de la aportación al Registro. Por consiguiente, es razonable pensar que si las cuentas cerradas al finalizar el ejercicio 2003 (31 de marzo de 2004) hubieran reflejado la imagen fiel de la sociedad, con unas importantes pérdidas y una situación crítica de fondos propios, todas las alarmas se habrían disparado por parte de entidades financieras y aseguradoras del crédito y la información habría sido conocida en el mercado llegando a conocimiento de la mayor parte de los acreedores que, cuando menos, hubieran puesto en marcha mecanismos especiales de garantía o control de los riesgos que asumían.

La acción social para exigir responsabilidad que está prevista en el artículo 238 del TRLSC se califica como orgánica más que contractual, porque los administradores no son mandatarios de la sociedad, sino titulares de un amplio elenco de competencias, funciones, deberes y poderes, para cuyo ejercicio deben estar provistos de medios materiales y personales⁴³. Su ejercicio corresponde a la sociedad, previo acuerdo de la junta general⁴⁴ adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día, y su aprobación requiere mayoría ordinaria. No es posible incluir en los estatutos una mayoría distinta de la ordinaria para ello. Debe quedar claro, en resumen, que se trata de una competencia indelegable en los administradores y que el acuerdo no se puede salvar por otro posterior que pretenda convalidarlo⁴⁵. La aprobación de las cuentas anuales no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supone renunciar a la acción acordada o a su ejercicio (art. 238.4 TRLSC). Sí es posible, en cambio, que la junta transija o renuncie al ejercicio de la acción, salvo que se opongan a esta decisión socios que representen el 5 % del capital social. Esta decisión provoca, *ipso facto*, la destitución de los administradores afectados (art. 238.3 TRLSC), aunque teóricamente no impide a los acreedores ejercitar sus acciones, como vemos a continuación, cumpliendo los estrictos presupuestos para ello⁴⁶.

En efecto, es precisamente su calificación como acción orgánica la que lleva a legitimar de forma subsidiaria a los acreedores⁴⁷, en tanto que perjudicados por el menoscabo patrimonial de la sociedad, al ejercicio de la acción social contra los administradores. Para ello, deben fundar su legitimación en el hecho de que el patrimonio social sea insuficiente para abonar sus créditos (art. 240 TRLSC), por lo que su ejercicio será residual, ya que lo habitual en estas circunstancias será promover directamente el concurso de la sociedad o la acción individual a la que inmediatamente nos vamos a referir, si se dan los presupuestos para ello.

El Tribunal Supremo (STS de 22 de diciembre de 2014), aunque no de forma tan contundente, confirma la conclusión de que las cuentas anuales ajustadas a la imagen fiel también habrían llegado al conocimiento del mercado, no tanto por su publicidad registral cuanto por la reacción de acreedores más sensibles, como las entidades de crédito.

⁴³ Por todos, Ocaña Rodríguez (2013).

⁴⁴ Si los administradores no convocan la junta general en el plazo de un mes desde la comisión del acto u omisión lesivo, resulta de aplicación el artículo 239.1 del TRLSC, que faculta a los socios minoritarios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social.

⁴⁵ *Ibidem* la referencia a un trabajo de Alonso Soto (2000), en el que se critica la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Madrid (7 de julio de 1999).

⁴⁶ A tenor de lo reclamado tradicionalmente por la doctrina, quedan algunos problemas pendientes de resolver como la validez del voto de los administradores que sean socios de la compañía, la posible adopción del acuerdo en junta universal, la participación de socios poseedores de acciones o participaciones sin derecho a voto, la participación de los tenedores de obligaciones convertibles en acciones, etc. Por todos, Sánchez Calero (1994, pp. 290 y ss.).

⁴⁷ Esta subsidiaridad se acentúa más porque, de prosperar esta acción, se recompone el patrimonio social y no de forma inmediata a compensar la lesión en el patrimonio de los acreedores, como bien evidenció Parra Lucán (2014, p. 52).

La acción individual prevista en el artículo 241 del TRLSC⁴⁸ tiene también carácter orgánico⁴⁹, pues supone un perjuicio directo producido causalmente al socio o tercero por el administrador en el ejercicio de su competencia, diferenciando aquellos supuestos en los que la responsabilidad sea imputable a la propia sociedad⁵⁰. Por este motivo, la expresión «quedan a salvo» es interpretada por la doctrina como un mero recordatorio de que la acción social antes analizada no excluye el ejercicio de otras acciones amparadas por el Derecho común por quien, distinto de la sociedad, sienta lesionados sus derechos⁵¹. Por lo demás, un análisis sintético del precepto nos lleva a insistir en el calificativo de orgánico, por cuanto sanciona al administrador por los daños derivados de su actuación como órgano social. Si únicamente fuera por su intervención a título personal, poco se podría añadir que no estuviera ya previsto en los artículos 1.902 y 1.903 del CC⁵². La mención al tercero entendemos que encaja mejor cuando esa posición es ocupada por un acreedor social en su más amplio sentido, pues no vemos otros terceros que cumplan los presupuestos para entablar esta acción. También habrá que diferenciar los casos en los que la responsabilidad pueda ser imputada a la sociedad.

En el primer caso, la acción individual de los socios, convenimos con Esteban Velasco (1997, p. 1.684), que podrán entablarla «por actos llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones de administrador "actividad orgánica", sin excluir los supuestos en que en sentido estricto exista representación». Aunque más alejado del tema principal objeto de nuestro trabajo, el desencadenante de esta acción individual podría ser igualmente la iniciativa del administrador concreto que vulnera directamente derechos de otros socios⁵³, como, por ejemplo, el acceso indebido a la junta general, impidiendo el ejercicio del derecho de voto, amortizando sus

⁴⁸ Dice así: «Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos».

⁴⁹ Véase, entre otros, Ocaña Rodríguez (2013). Este autor añade el calificativo de «extracontractual», pero convenimos con Parra Lucán (2014, p. 57) que la jurisprudencia ha abandonado desde hace tiempo este planteamiento. La conclusión es de sumo interés porque afecta al plazo de prescripción.

⁵⁰ Se trata de una situación más habitual en los grupos de empresas en los que el representante de la sociedad dominante adopta decisiones prevaleciendo de la posición mayoritaria que le otorgan sus derechos de voto. En unos casos, el problema será más sencillo de identificar, como cuando se produce una traslación de activos o pasivos en condiciones perjudiciales para la sociedad dependiente. Cuestión distinta será cuantificar el menoscabo patrimonial, que no siempre será fácil. Pero en otros supuestos, por ejemplo, cuando se traslada negocio a otras empresas del conglomerado o cuando se asignan encargos a otras compañías del grupo, el daño será mediato y por tanto más difícil de valorar. Además, puede entrar en conflicto con las reglas de gestión económica de la compañía que hagan preferible desarrollar un negocio con unos medios en lugar de hacerlo con otros.

⁵¹ Véase, entre otros, Desdentado Daroca (2000, pp. 1.900-1.912) y Parra Lucán (2014, p. 55).

⁵² STS de 5 de diciembre de 1991 (recurso 2124/1989), que recuerda el ejercicio de la acción individual contra los administradores cuando actúan como órganos de la sociedad y no a título personal (por ejemplo, y en el caso juzgado, como accionistas que venden su participación ocultando al comprador la existencia de unas deudas de la sociedad).

⁵³ Los ejemplos clásicos transcritos de Garrigues y Uría (1976, p. 197) son de extraordinaria actualidad, como también los enunciados en su momento por Sánchez Calero (1994, p. 328).

acciones en forma no prevista por la ley o los estatutos, negando el ejercicio del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.

En lo que se refiere a la acción individual ejercitable por terceros, normalmente acreedores, recordamos inicialmente que no puede consistir en el mero impago de deudas derivadas de contratos suscritos con los administradores como miembros del órgano de gestión societaria⁵⁴, sino que será preciso, en el contexto de nuestro trabajo, contratar en estado próximo a la insolvencia que se oculta de forma maliciosa al tercero mediante la adulteración de la información contable (véase STS de 27 de octubre de 2004 [NCJ036591]) o cuando se producen operaciones con partes vinculadas a un administrador de las que no se informa o se informa mal en las cuentas anuales, con el ánimo de vaciar, de forma inmediata⁵⁵ o mediata, como antes anticipamos en el caso de los grupos de sociedades, el patrimonio social para evitar el pago a terceros. En esos casos se suelen acumular dos acciones: una primera, tendente a reclamar el reintegro de los créditos a la sociedad, y una segunda, tendente a hacer responsable del impago a los administradores, para que ambos respondan solidariamente en vía civil. A modo de ejemplo de la extensa jurisprudencia aplicable podemos mencionar las SSTS de 21 de mayo de 1992 (recurso 691/1990), 31 de julio de 1996 (recurso 3468/1992), 3 de julio de 1998 (recurso 981/1994) y 9 de julio de 1999 (recurso 3461/1994) [NCJ048434]).

Tradicionalmente existía un sector de la doctrina que consideraba que los terceros no podían actuar contra los administradores en tanto representantes de la sociedad, sino que debían dirigirse a la sociedad y esta, en su caso, repetir contra los administradores, si se daban los presupuestos para ello, por medio del ejercicio de la acción social a la que antes nos hemos referido⁵⁶. Para otro sector de la doctrina⁵⁷, con el que nosotros convenimos, esta acción supone la aplicación del artículo 1.902 del CC, que no es óbice para que el tercero emprenda también acciones contra la sociedad (o contra ambos de forma solidaria si le conviene para conseguir su objetivo). En todo caso, parece necesario acomodar la respuesta precisa a cada caso en particular para deslindar situaciones en las que debe responder la sociedad, frente a otras (más habituales en los casos relativos al complejo deber de llevar la contabilidad) en las que se puede reclamar también al administrador con actitud fraudulenta.

Mas nos interesa concluir este apartado con la indemnización del daño; máxime desde la antes comentada sentencia de 24 de enero de 2013 (SAP de Barcelona, recurso 336/2012),

⁵⁴ Ya en su momento, la STS de 21 de mayo de 1992 (recurso 691/1990), aunque referida a la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 de la que la redacción actual es tributaria, estableció que no media nexo causal entre culpa grave y daño producido en todo caso de impago de deudas sociales. Lo contrario, afirma la sentencia, supondría que, frente a la responsabilidad limitada de la sociedad, existiría una especie de responsabilidad ilimitada a cargo de los administradores.

⁵⁵ En este caso, la STS de 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7933) advirtió a los socios la impertinencia de la acción individual, pues el daño había sido causado al patrimonio social, por lo que debía prevalecer, a su juicio, la acción social.

⁵⁶ Por todos, Polo Sánchez (1992, p. 373).

⁵⁷ Por todos, Sánchez Calero (1994, pp. 322-332).

luego recurrida en casación, pues trata la mala práctica, por otra parte muy extendida, de identificar el importe del crédito no recuperado con la cantidad reclamada como daño indemnizable en la acción individual. Por su interés reproducimos la parte del fallo relativo a este tema:

La razón por la que es preciso hacer ese planteamiento se encuentra en que no es difícil deducir que, además del nexo causal que hemos establecido, no puede descartarse razonablemente la existencia de otros nexos causales asimismo eficientes, particularmente la propia decisión de los acreedores de asumir los riesgos propios de los negocios.

Uno de los criterios de exoneración, total o parcial, que incorpora la doctrina sobre la imputación objetiva es el del riesgo permitido o riesgo general de la vida, que propone negar la imputación de los eventos dañosos que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del perjudicado. En el supuesto enjuiciado consideramos que el daño causado, la inefectividad de parte de los créditos de las actoras, no es imputable en toda su extensión a la conducta dañosa, sino que únicamente lo es en parte porque es preciso descontar la parte correspondiente al nexo causal derivado del riesgo general de los negocios.

Aceptamos que resulta muy difícil hacer este juicio de imputación causal, pero no por ello podemos dejar de hacerlo [...].

Todo ello nos lleva a fijar en el 40 por ciento la imputación causal a la conducta relacionada con las cuentas sociales. O lo que es lo mismo pero quizá más adecuado, a que debe descontarse un 60 por ciento imputable a otros cursos causales concurrentes con las diversas conductas que inciden en las cuentas de la sociedad⁵⁸.

2.3. Reflexiones sobre la responsabilidad civil de los auditores de las sociedades de capital

La secuencia natural de discutir la responsabilidad civil de los administradores por los daños causados por incumplir la llevanza de la contabilidad nos debe llevar, pensamos, al tema controvertido y complejo de la responsabilidad civil de los auditores de cuentas puesto que, en los últimos años, se han producido las primeras sentencias del Tribunal Supremo con interesantes posicionamientos doctrinales al respecto⁵⁹. Además, se ha aprobado la Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas (LAC, en lo sucesivo) con nuevos y mayores requerimientos para los auditores que, sin lugar a dudas, van a resultar determinantes para fijar la responsabilidad. Por último, conviene también recordar la Recomendación de la Comisión Europea de 5 de junio de 2008 sobre limitación de la responsabilidad civil de los audi-

⁵⁸ El Alto Tribunal valoró positivamente la estimación prudente realizada por la Audiencia Provincial. Desde luego, se trata de un tema complejo pero que es preferible acometerlo a dejarlo abierto.

⁵⁹ Véanse las referencias incluidas en Pacheco Cañete (2011, pp. 235-236). También la doctrina recopilada en Muñoz García (2009, pp. 265-276).

tores legales y las sociedades de auditoría, y que por su propio enunciado atempera algo este asunto. Se trata de un tema polémico que la ley resuelve de forma parca y dispersa. La vaguedad proviene de la referencia incluida en la LAC (art. 26, 1)⁶⁰, que remite a las reglas generales del Código Civil y que abre numerosos interrogantes para su aplicación. En concreto, la referencia a las reglas generales del Código Civil nos hacen pensar en la aplicación de los artículos 1.101 del CC (responsabilidad contractual) y 1.902 del CC (para la responsabilidad extracontractual)⁶¹, es decir, la responsabilidad del auditor frente a quien le contrata, la sociedad, y frente a terceros⁶² que, como señala la LAC, es cualquier «persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo este elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión».

En este contexto, los presupuestos en el ámbito civil para exigir la responsabilidad al auditor frente a terceros por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones, según las reglas generales del Código Civil (art. 1902), son la acción (u omisión), la antijuricidad, los factores de atribución subjetiva de imputabilidad, el daño y el nexo causal⁶³.

A la luz de los artículos 1.101 y 1.902, CC antes anotados, se deben diferenciar las obligaciones asumidas en el contrato suscrito específicamente con una sociedad, del deber jurídico asumido por el auditor conforme su estatuto profesional⁶⁴.

El objetivo del contrato de auditoría (art. 4.1 LAC) consiste en desplegar los medios técnicos y humanos para

[...] dictaminar si las cuentas anuales expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación. Asimismo, comprenderá la verificación del informe de gestión que, en su caso, acompañe a las cuentas anuales, a fin de dictaminar sobre su concordancia con dichas cuentas anuales y si su contenido es conforme con lo establecido en la normativa de aplicación.

⁶⁰ «Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en este artículo».

⁶¹ Por todos, Martínez-Calcerrada y Gómez (1999, p. 8).

⁶² Se resuelve, a nuestro modo de ver, una crítica doctrinal que negaba esta responsabilidad extracontractual para la mayoría de las sociedades por no estar expresamente contemplada en la ley. Por todos, Illescas Ortiz (1993, pp. 165 y ss.).

⁶³ Díez-Picazo Giménez (2015) considera que solo es posible que prospere la demanda si se dirige de forma conjunta contra el auditor o sociedad de auditoría, y contra las otras personas que hayan causado directamente el daño, típicamente la sociedad auditada y sus administradores.

⁶⁴ Cuestión esta que se puede fácilmente trasladar a otros profesionales que en el ejercicio de su actividad puedan facilitar información errónea, como los abogados, los notarios, los tasadores y las agencias de calificación. Véase, en este sentido, el trabajo de Otero Crespo (2013, pp. 64-79).

La expresión dictaminar no es del todo afortunada pues, como hemos dejado escrito con anterioridad, la información contable se basa en múltiples juicios de valor y estimaciones, por lo que difícilmente se puede afirmar de forma taxativa que los datos son unos y solo unos. No es casual que el primer párrafo del informe de auditoría se titule «Opinión» y el segundo párrafo se ocupe de los fundamentos en los que se basa esa opinión. Para valorar el cumplimiento de esta obligación contamos con la STS de 9 de octubre de 2008 (recurso 4934/2000 [NCJ047749]), que señala que el auditor cumple con «su obligación contractual y los deberes vinculados a su función por la norma cuando actúa con la pericia y la diligencia de un buen profesional en la ejecución de la auditoría». Así, el objetivo del contrato celebrado con la sociedad concluye con la emisión y entrega del informe de auditoría en el tiempo establecido, así como las obligaciones accesorias que se hayan podido pactar.

Con todo, el informe de auditoría supone una garantía de las cuentas anuales porque, además de proteger los intereses de la sociedad mercantil, también implica una información esencial –e incluso determinante– para los socios, los acreedores (por ejemplo, AEAT, proveedores, Seguridad Social, etc.) y el mercado nacional e internacional (SJMer núm. 3 de Barcelona, de 5 de octubre de 2007) [procedimiento núm. 36/2004]⁶⁵. Por lo demás, incumplir la obligación asumida en el contrato celebrado entre el auditor y la empresa auditada supondría, según la doctrina civil⁶⁶, que el auditor no entrega el informe en la fecha prevista, pero puede hacerlo (cumplimiento retrasado); no entrega el informe de auditoría y no puede hacerlo por causa que le es imputable (incumplimiento definitivo), o, por último, el caso en el que el auditor entrega el informe pero no se ajusta a lo exigible (cumplimiento defectuoso). En estos casos, y a tenor de lo previsto en el artículo 1.101 del CC, el auditor respondería de los daños y perjuicios causados.

Estos daños pueden ser patrimoniales o morales (los perjuicios de cualquier tipo deben ser evaluables económicamente, como, por ejemplo, las aportaciones no dinerarias en la constitución de una sociedad o en la ampliación de capital). Como cualquier indemnización incluye el daño emergente y el lucro cesante (es decir, el beneficio que se deja de obtener como consecuencia del daño producido). Recordemos que también se debe probar la relación de causalidad –nexo causal– entre el acto u omisión del auditor (que es siempre de difícil prueba en estos casos y, por tanto, podemos calificarlo de «prueba diabólica») y el daño, es decir, el acto u omisión del auditor debe ser la causa principal o una de las causas determinantes del perjuicio patrimonial o moral a la sociedad (SSTS de 5 de marzo de 2009, recurso 224/2004; 15 de diciembre de 2010, recurso 403/2007 [NCJ054285], 7 de junio de 2012, recurso 1609/2009, y 3 de octubre de 2012, recurso 533/2010 [NCJ057535]).

El artículo 1.902 del CC prevé la responsabilidad por la infracción genérica de no hacer daño a terceros que, en lo atinente a la actividad de auditoría de cuentas, pasa inequívocamente por la concurrencia de culpa⁶⁷ de forma parecida a la responsabilidad contractual. Sin

⁶⁵ Véase Muñoz García (2006, pp. 161-162).

⁶⁶ Por todos, Beltrán de Heredia y Onís (1990, pp. 18-20).

⁶⁷ Véase, entre otros, Martínez-Calcerrada y Gómez (1999, p. 136).

lugar a dudas, el tema más polémico es la relación de causalidad que debe mediar entre el resultado dañoso y el comportamiento culpable del auditor. La jurisprudencia que empieza a aparecer sobre este tema se concentra básicamente en omitir la diligencia debida en la ejecución del trabajo profesional. La cuestión es que esta omisión se presenta normalmente en concurso con acciones u omisiones de los administradores, por lo que será muy difícil valorar qué parte del resultado dañoso es consecuencia de la omisión de uno, el auditor, o de las acciones u omisiones de otros, los administradores. Recuérdese el problema antes comentado de valorar el daño al tercero por la información contable en una actividad que ya de entrada comporta riesgos. Si la información está auditada, añade el problema de conectar el comportamiento culpable del auditor y el daño final, que no está exento de una importante carga de subjetividad (Pacheco Cañete, 2011).

Se trata de un tema de sumo interés por su proyección futura y la relevancia en los casos que en estos momentos se están juzgando en los tribunales de justicia⁶⁸. Para no extendernos en demasía, permítasenos hacer una mera recopilación de cuanto está ocurriendo a nivel jurisprudencial, puesto que es suficientemente ilustrativo del curso que puede tomar esta cuestión⁶⁹. En concreto, se aprecia el empleo de los criterios de imputación objetiva aplicados por la dogmática penal al ámbito civil⁷⁰ (a saber, el criterio de riesgo general de la vida, de la prohibición de regreso, de la provocación, del propio fin de protección de la norma reguladora de la responsabilidad y el criterio de incremento de riesgo o conducta alternativa correcta)⁷¹ y una cierta confianza en la calidad del informe de auditoría, de modo que cuando se pierde, es generadora de responsabilidad extracontractual de los auditores. Ya se nota una cierta tendencia a que la intervención libre (sin estar determinada por el auditor), dolosa o culposa de un tercero puede quebrar el nexo causal entre el daño y el trabajo del auditor⁷² y de la correcta interpretación por parte del tercero, del juego comple-

⁶⁸ La exigencia de responsabilidad al auditor que emitió el informe sobre las cuentas anuales del Banco Popular puede ser paradigmático del interés por la materia.

⁶⁹ Para su revisión con mayor profundidad recomendamos el trabajo de Ribot Igualada (2009).

⁷⁰ Véase Pantaleón Prieto (1990, p. 1.583).

⁷¹ La génesis de estos criterios y la aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non* al tema objeto de estudio aparece bien tratada en Muñoz García (2009).

⁷² En concreto, la STS de 9 de octubre de 2008, recurso 4934/2000 (NCJ047749) señala: «Los auditores de cuentas no están obligados a detectar todos los fraudes y errores que puedan cometer los administradores, directivos y personal al servicio de la sociedad auditada, sino simplemente a actuar con la pericia y diligencia de un buen profesional en la ejecución de la auditoría. En consecuencia, solo responden de aquellos fraudes y errores que hubieran podido detectar mediante una correcta ejecución de su prestación profesional». A mayor abundamiento, la STS de 14 de octubre de 2008, recurso 2963/2002 (NCJ047832) confirma la ausencia de la relación causal, y establece que el auditor no puede ser el vigilante o garante último de la información económico-contable de la empresa. También indica que la infracción de las reglas de la *lex artis* por los auditores, aunque no fuera la causa determinante de la crisis económico-financiera de la sociedad que se ha auditado y, por tanto, del incumplimiento de sus obligaciones, contribuye a esa situación, porque –continúa la sentencia– priva a los socios de la imprescindible información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la sociedad. Al respecto solo queremos matizar que el concepto

to (y complejo) que configuran las cuentas anuales, otra información complementaria (por ejemplo, el informe de gestión, el informe sobre buen gobierno corporativo, de las comisiones de auditoría y de retribuciones, etc.) y el informe de auditoría.

En relación con el plazo de prescripción, la acción para exigir la responsabilidad contractual prescribe a los cuatro años a contar desde la fecha del informe de auditoría (art. 26.4 LAC; en el caso del administrador concursal también son cuatro años, art. 36.4 LC). En el caso de la responsabilidad extracontractual el plazo de prescripción es de un año desde que lo supo el perjudicado (art. 1.968.2 CC).

Y en esa línea de evolución previsible hay que enmarcar el último aspecto al que nos que-
ríamos referir, puesto que en lo relativo a la responsabilidad de los auditores hemos asistido a un crecimiento exponencial de las sanciones e indemnizaciones impuestas a los auditores en el reciente pasado⁷³ para llegar a una situación, a la vista de la jurisprudencia existente, en la que se ha modulado esta tendencia. Ya el antes referido artículo 26 de la LAC exige una responsabilidad civil para los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos causados. Algunos trabajos en el pasado ya venían alertando del problema que podría generar una responsabilidad sin límite para los auditores⁷⁴. Por ello, hay que valorar muy positivamente, en nuestra opinión, la Recomendación de la Comisión de 5 de junio de 2008 (DOUE L 162/39, de 21 de junio de 2008)⁷⁵ que puso de manifiesto que un régimen de responsabilidad ilimitado podía disuadir a las sociedades de auditoría a participar en el mercado de auditoría de las cuentas anuales de los grupos cotizados europeos. Ciertamente, la Comisión Europea insta a examinar

el impacto sobre los mercados financieros y los inversores, y sobre las condiciones de acceso al mercado de las auditorías legales de las sociedades cotizadas,

de *lex artis* evoluciona con el tiempo, e incluso se ha convertido en un concepto más exigente y complejo en la actualidad por las nuevas técnicas profesionales de supervisión y control en auditoría (como otros conceptos mercantiles, por ejemplo, «ordenado empresario y representante leal»).

No es ocioso pensar que, en el futuro, los auditores en defensa de sus intereses exhibirán la carta de manifestaciones que se exige a la dirección de la sociedad auditada en cada encargo y en la que se acredita, por parte de esta última, la inexistencia de errores o fraudes conocidos. Por su parte, la norma técnica que resulta de aplicación (en concreto, la norma internacional de auditoría 240 sobre fraudes y errores) está redactada en términos tan amplios que no esperamos mucho de ella para resolver los problemas que a buen seguro se van a plantear.

⁷³ El ejemplo más ilustrativo es la responsabilidad que tuvo que soportar quien en su momento era una de las firmas de auditoría más grande a nivel mundial (Arthur Andersen LLP, creada en 1913) y que provocó su práctica total desaparición en 2002 a raíz del escándalo por la manipulación contable de la empresa Enron.

⁷⁴ Véase, entre otros, Arnosti Mendizábal (1996) y, unos años más tarde insistiendo en sus primeras conclusiones, (2006)

⁷⁵ Por otra parte, esta recomendación no hace más que evidenciar un problema sin solución uniforme en la Unión Europea como ha puesto de manifiesto, entre otros, Muñoz García (2009, p. 266), en nota al pie, aportando referencias de lo que ocurre en el Derecho comparado de nuestro entorno.

así como sobre la calidad de la auditoría, la asegurabilidad de los riesgos y las sociedades objeto de auditoría.

No faltan, por otra parte, las críticas de que estas limitaciones reducirían los incentivos a invertir en prevención⁷⁶. Ahora bien, el curso que estaba siguiendo traería como consecuencia un incremento de las primas de los seguros contratados, lo que inevitablemente se tendría que trasladar a las entidades auditadas, vía precio, añadimos nosotros. Por este motivo, la Comisión propone una limitación de la responsabilidad extracontractual de los auditores fijando cuantías máximas, por ejemplo, fijas o mediante múltiplos del precio facturado o sobre la base de una estimación *a priori* del perjuicio ocasionado.

3. Conclusiones y futuras líneas de investigación

En buena medida, la primera conclusión tiene que ver con el interés que la contabilidad, como lenguaje formal y complejo de las empresas, debe tener para el Derecho. Este sistema de información proporciona datos necesarios para el correcto funcionamiento de la economía de mercado y la mejor salvaguarda del bien jurídico protegido para buena parte de la doctrina mercantil, que no es otro que el patrimonio societario. Comprender la información que suministra y entender los mecanismos utilizados para su generación es una tarea ardua que requiere el concurso de equipos multidisciplinares para su mejor análisis.

De esta forma se puede conocer que la verdad fáctica acerca de la realidad empresarial es múltiple en función de su destinatario final y basada en numerosas estimaciones y juicios de valor, unas veces explícitos pero las más implícitos. La verdad jurídica adopta una de esas realidades y consecuentemente sus juicios de valor y estimaciones. Pensamos que este desarrollo es necesario para concluir que la información suministrada por la contabilidad encuentra semejanzas con las declaraciones doctrinalmente calificadas como de ciencia, pero también tiene puntos en común con las declaraciones de voluntad. Solo así se entiende que sean susceptibles de generar responsabilidades para quienes las emiten (el empresario o los administradores) y quienes tienen el encargo de su revisión (los auditores).

En cuanto a la responsabilidad civil del empresario o de los administradores, llamamos la atención acerca de su necesaria coordinación con la responsabilidad de la persona jurídica que administran. Hemos trabajado el problema de la acreditación del nexo causal precisamente para concluir acerca de su dificultad.

Respecto a la responsabilidad civil de los auditores, pensamos que es preciso ejercerla de forma conjunta con la de los administradores que facilitan una información que conocen, o deben conocer, que está manipulada.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, Ribot Igualada (2009).

Desde luego, no nos corresponde a nosotros discutir si es o no correcto soportar el peso de esas responsabilidades tanto en el caso de los administradores (o del empresario) como en lo relativo a los auditores. En nuestra opinión, su existencia es indubitable. En todo caso, el análisis de la jurisprudencia cada vez más extensa nos lleva a concluir que la cuantía de las indemnizaciones, cuando ha prosperado la acción, está experimentando un ajuste a la baja, proporcional al daño causado (en mayor medida en el caso de los auditores y de forma menos clara en el caso de los administradores). No podemos por menos que valorar positivamente esta tendencia, pues bien pensamos que los efectos pedagógicos ya están interiorizados por los destinatarios y continuar la senda de compensaciones excesivas no haría más que alejar a buenos gestores de la administración societaria por el miedo racional a perderlo todo. Lo mismo se puede decir en torno a los auditores, pues la complejidad de algunas empresas y de muchos grupos empresariales haría inviable su revisión a un precio razonable. El camino seguido hace que los administradores y los auditores ya conozcan las consecuencias de un obrar poco diligente.

En el trabajo presentado somos conscientes de la existencia de cuestiones en las que debemos profundizar. Así, por ejemplo, una línea de trabajo que pretendemos desarrollar en el futuro consiste en estudiar la admisión del dolo eventual como causa generadora de daño susceptible de promover la acción de responsabilidad. Nos parece también de sumo interés investigar acerca de un criterio o método objetivo para determinar el justo equilibrio en la compensación por el daño causado y que la jurisprudencia citada ha establecido en un 40 % de la pérdida ocasionada. Por último, los requerimientos de información no estrictamente financiera y sobre diversidad, consecuencia de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, y que han tenido su reflejo en el Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, pueden introducir nuevos e interesantes retos en relación con su elaboración y posterior revisión.

Referencias bibliográficas

- Alonso Espinosa, F. (2009). El deber de documentación de la empresa y de llevanza de Contabilidad tras la Ley 16/2007, de 4 de julio. *Revista del Derecho del Mercado de Valores*, 5, 23-54.
- Alonso Soto, R. (2000). Consideraciones sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima. *La Ley*, 5, 1.869-1.874.
- Amesti Mendizábal, C. (1996). Gran Bretaña: limitación al riesgo de los auditores. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 15(63), 845-848.
- Amesti Mendizábal, C. (2006). Limitación por el Tribunal Supremo alemán de la responsabilidad del auditor de cuentas. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 25(103), 310-311.
- Arriaga Gómez, F., Cuadrado Ebrero, A. y Sosa Álvarez, J. (1998). Guías para la mejora de la información financiera en un entorno axiomático de la contabilidad por

- partida múltiple. [Documento de trabajo] *Seminario de Doctorado*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Beltrán de Heredia y Onís, P. (1990). *El incumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Edersa.
- Blanco Campaña, J. (1980). *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*. Madrid: El autor.
- Blanco Campaña, J. y Cubillo Valverde, C. (1983). *El Derecho contable en España*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda.
- Blanco Pérez-Rubio, L. (2014). Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6(2), 50-74.
- Cuadrado Ebrero, A. y Valmayor López, L. (1998). *Metodología de la investigación contable*. Madrid: McGraw Hill.
- Desdentado Daroca, E. (2000). La responsabilidad de los administradores sociales frente a socios y terceros: naturaleza, fundamento y problemas a delimitación. *La Ley*, 5, 1.900-1.912.
- Díez-Picazo Giménez, I. (2015). Repensando el litisconsorcio pasivo necesario (al hilo de la responsabilidad civil «proporcional» de los auditores). *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5, 165-178.
- Domínguez Cabrera, P. (2011). La cooperativa como elemento subjetivo de la responsabilidad social corporativa. *Revista de Derecho Mercantil*, 282, 187-208.
- Estabán Velasco, G. (1997). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución. En Iglesias Prada (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (pp. 1.679-1.720). Madrid: Civitas.
- Faraldo Cabana, P. (2015). *Los delitos societarios*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández Pirla, J. M. (1986). *Una aportación a la construcción del Derecho contable*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda.
- Fernández Teruelo, J. (2002). *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Madrid: Dykinson.
- Ferratoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferré Olivé, J. (1999). Las falsedades en la información social (art. 290 del Código Penal). En E. Galán Corona y J. A. García-Cruces González, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales* (pp. 117-127). Madrid: Tecnos.
- Font Galán, I. (2005). El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales. *Revista de Derecho de Sociedades*, 25, 71-107.
- Foucault, M. (1980). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Franco Ruiz, R. (2014). El problema de la verdad y la Contabilidad. *Revista Criterio Libre*, 20, 43-72.
- Garnsey, M. y Fisher, I. (2008). Appearance of new terms in accounting language: A preliminary examination of accounting pronouncements and financial statements. *Journal of Emerging Technologies in Accounting*, 5(1), 17-36.
- Garrigues, J. y Uría, R. (1976). *Comentario a la Ley de sociedades anónimas* (3.^a ed. revisada por Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Gerber, M., Gerber, A. y Van der Merwe, A. (2014). An analysis of fundamental concepts in the conceptual framework using ontology technologies. *South African Journal of Economic and Management Sciences*, 17(4), 396-411.

- Illescas Ortiz, R. (1993). Las cuentas anuales. En AA. VV., *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Madrid: Civitas.
- López Pérez, V. y Rodríguez Ariza, L. (2003). [Un caso de interdisciplinariedad en Teoría de la contabilidad: Los cambios contables desde el enfoque cognitivo-lingüístico. Encuentros multidisciplinares](#). Recuperado de <<http://www.encuentros-multidisciplinares.org>>.
- Luzón Peña, D. y Roso Cañadillas, R. (2010). La administración desleal societaria en el Derecho penal español. *InDret*, 3.
- Marín de la Bárcena, F. (2014). Deberes de contabilidad y acción individual de responsabilidad (STS 1.ª de 22 de diciembre de 2014). *Revista de Derecho de Sociedades*, 44, 335-352.
- Marina García-Tuñón, A. (2008). Una reflexión sobre la reciente reforma de la legislación contable. *Revista de Derecho de Sociedades*, 1(30), 97-108.
- Martín López, J. (2013). La doctrina estadounidense de la sustancia económica como norma general antiabuso en materia tributaria: análisis jurídico de su codificación. *Revista Española de Derecho Financiero*, 157, 105-150.
- Martínez-Buján Pérez, C. (1999). *Derecho penal económico. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez-Calcerrada y Gómez, L. (1999). *La responsabilidad civil profesional*. Madrid: Colex.
- Mattessich, R. (1992). The scientific approach to accounting. En *Modern accounting research: History, Survey and Guide* (research monograph núm. 7). Vancouver: The Canadian Certified General Accountants Research Foundation, 1-19.
- Mayo Calderón, B. (2005). *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda*. Granada: Comares.
- Muñoz Conde, F. (2017). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz García, A. (2006). Crisis empresariales. La función de los auditores y el deber de alerta en las sociedades de capital. En AA. VV., *Gobierno corporativo y crisis empresariales*. Madrid: Marcial Pons.
- Muñoz García, A. (2009). La imputación jurídica del daño producido al tercero ante la omisión de los deberes exigidos al auditor de cuentas (comentario a la STS –Sala 1.ª– de 9 de octubre de 2009). *Revista de Derecho de Sociedades*, 33, 265-278.
- Navarro Faure, A. (2007). *El Derecho tributario ante el nuevo Derecho contable*. Madrid: La Ley.
- Ocaña Rodríguez, A. (2013). Responsabilidad civil y penal de los administradores societarios. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10, 139-211.
- Olivencia, M. (2013). El título preliminar de la propuesta de Código Mercantil. *Revista de Derecho Mercantil*, 290, 11-26.
- Otero Crespo, M. (2013). *La responsabilidad civil del auditor de cuentas*. Pamplona: Thomson Aranzadi.
- Pacheco Cañete, M. (2011). La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Reflexiones a propósito de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo y la Recomendación Europea de limitación de la responsabilidad. *Revista de Derecho Patrimonial*, 26, 235-251.
- Pantaleón Prieto, A. (1990). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En AA. VV., *Centenario del Código Civil* (t. II, pp. 1.561-1.592). Madrid: Ramón Areces.
- Parra Lucán, A. (2014). *Responsabilidad civil de administradores de sociedades*. Pamplona: Aranzadi.

- Paz-Ares Rodríguez, C. (1991). Comentarios del Código Civil. En AA. VV., *Comentarios al Código Civil* (t. II). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Polo Sánchez, E. (1992). *Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*. Madrid: Civitas.
- Quijano González, J. (1989). *La responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas: aspectos sustantivos*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid.
- Ribot Igualada, J. (2009). La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro. *Aranzadi Civil*, 1, 2.287-2.327.
- Ríos Corbacho, J. M. (2005). Algunas reflexiones sobre el delito de falseamiento de cuentas (art. 290 CP). *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 13, 63-82.
- Rivero Romero, J. (2001). *Contabilidad financiera*. Madrid: Trivium.
- Rosal Blasco, B. del (1996). De los delitos societarios. En AA. VV., *Comentarios al Código Penal de 1995* (capítulo XIII). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ruano Mochales, T. (2017). *La responsabilidad de los administradores y de los auditores en el proceso de elaboración de las cuentas anuales*. Pamplona: Aranzadi.
- Sáez Torrecilla, A. (1991). *Contabilidad general*. Madrid: McGraw Hill.
- Sánchez Calero, F. (1994). Administradores: artículos 123 a 143. En F. Sánchez Calero (Dir.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Segovia San Juan, A. (2001). *El delito societario desde una perspectiva de agencia y su relación con la contabilidad creativa*. Madrid: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
- Sequeros Sazatornil, F. y Dolz Lago, M. J. (2017). *Delitos societarios y conductas afines: la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*. Madrid: La Ley.
- Serrano Gómez, A. y Serrano Maillo, A. (2011). *Derecho penal. Parte especial*. Madrid: Dykinson.
- Sosa Álvarez, J. y Segovia San Juan, A. (2018). El reflejo de los contratos aparentemente simulados en contabilidad: el caso de las operaciones con partes vinculadas. En *V Simposio Internacional Consinter*, Madrid.
- Sterling, R. R. (1988). Confessions of a failed empiricist. *Advances in Accounting*, 6(1), 3-35.
- Tena, R. (2013). Un Código nuevo en odres viejos. *Revista de Derecho Mercantil*, 290, 69-82.
- Uñas Valiente, J. (2006). *Introducción a la contabilidad*. Madrid: Ediciones Académicas.
- Vicent Chuliá, F. (2002). *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zúñiga Rodríguez, L. y Foffani, L. (2000). Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho Penal y del Derecho de Sociedades. En M. R. Diego Díaz-Santos y V. Sánchez López, (coords.), *Hacia un derecho penal sin fronteras* (pp. 39-50). Madrid: Editorial Constitución y Leyes.