



FACULTAD DE DERECHO

LA RESPONSABILIDAD DE LOS AUDITORES EN LAS ENTIDADES DE INTERÉS PÚBLICO

Autor: María Teresa Abad Esteban

5º E3 A

Derecho de Sociedades

Tutor: Pablo Sanz Bayón

Madrid
Abril 2018

Madrid
Abril 2018

La responsabilidad de los auditores en las Entidades de Interés Público

Resumen:

El objeto de este trabajo de investigación es el estudio de la posible responsabilidad de los auditores de cuentas en las entidades de interés público, qué tipo de responsabilidad en su caso está regulado en la legislación española, así como su adaptación a las normas contables comunitarias. Para ello, será necesario analizar el régimen de independencia de los auditores, el sistema de rotación al que se ven sometidos, la utilidad o no del informe de auditoría, así como las incompatibilidades y posibles conflictos de interés que pueden surgir respecto de la sociedad a auditar. Con todo ello se pretende comparar el modo en que tienen que responder los auditores frente a posibles perjuicios en la sociedad auditada respecto a la responsabilidad de los administradores cuando incumplen sus deberes legales y fiduciarios. Para ello, a través del análisis de un caso práctico de actualidad, el caso de la salida a Bolsa de Bankia en 2011, se realizará un análisis crítico del régimen actual de los auditores en España.

Palabras clave: auditores, responsabilidad, entidades de interés público, independencia

Abstract:

The aim of this research is the study of the possible liability of the auditors of accounts in the Public Interest Entities, which kind of liability, if the case may be, is regulated under the Spanish legislation, as well as its adaptation to the European rules. In order to achieve this, it would be necessary to analyse the independence regime of auditors, the rotation system which they must comply with, the utility or not of the Audit Report on annual accounts, as well as the incompatibilities and potential conflicts of interest that may appear with respect to their client. Once analysed all these factors, the idea is to compare the way auditors can be held liable for the potential damages of the audited firm with the liability of the administrators when they do not comply with their statutory and fiduciary duties. To achieve this, through the analysis of Bankia's IPO in 2011, it will be made a critical analysis of the current regime of auditors in Spain.

Key words: Auditors, Liability, Public Interest Entities, independence

ÍNDICE

Listado de abreviaturas	6
1. INTRODUCCIÓN	1
2. MARCO JURÍDICO	2
3. EL OBJETO DE LA AUDITORÍA	4
4. NOMBRAMIENTO DE LOS AUDITORES	7
4.1. Potestad para el nombramiento del auditor de cuentas	8
4.1.1. Nombramiento por la entidad	9
4.1.2. Nombramiento por el Registro Mercantil.....	10
4.1.3. Nombramiento por el Juzgado de lo Mercantil	11
4.2. Requisitos y deberes para el ejercicio de la auditoría de cuentas	11
4.3. Comisión de Auditoría.....	11
4.3.1. Principios básicos	12
4.3.2. Desempeño de sus funciones	13
5. EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.....	14
5.1. El principio de independencia y la detección del fraude	14
5.2. El principio de independencia y las causas de incompatibilidad.....	15
5.3. Prohibiciones posteriores	18
6. ROTACIÓN DE LOS AUDITORES.....	18
6.1. Justificación de la existencia de la rotación.....	18
6.2. Legislación actual y análisis crítico	21
7. EL INFORME DE AUDITORÍA	22
7.1. Informe de auditoría de cuentas anuales	22
7.1.1. Informes adicionales en EIP	23
7.2. Tipos de opiniones	24
7.3. Utilidad del informe.....	26
8. RESPONSABILIDAD DE LOS AUDITORES	28

8.1. La responsabilidad contractual	29
8.2. La responsabilidad extracontractual	31
9. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y COMPARACIÓN CON EL RÉGIMEN DE LOS AUDITORES	33
10. RELACIÓN ENTRE AMBAS RESPONSABILIDADES Y APLICACIÓN PRÁCTICA	36
10.1. Relación entre ambas responsabilidades	36
10.2. Caso Bankia-Deloitte	38
11. CONCLUSIONES	41
ANEXO I.....	44
BIBLIOGRAFÍA	45
Figura 1: Resumen informes de auditoría Caja Madrid-Bankia 2004-2012	6
Figura 2: Resumen opiniones informe de auditoría	25
Figura 3: Estadística opiniones de auditoría en España 2014-2016.....	26

Listado de abreviaturas

BFA	Banco Financiero y de Ahorros
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
EIP	Entidad de Interés Público
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
IFAC	<i>International Federation of Accountants</i>
INCN	Importe Neto de la Cifra de Negocio
JUR	Jurisprudencia
LAC	Ley de Auditoría de Cuentas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
NIA-ES	Norma Internacional de Auditoría
RAC	Reglamento de Auditoría de Cuentas
RJ	Resolución Judicial

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación busca analizar el régimen de responsabilidad al que están sometidos los auditores de cuentas en España, en concreto, en las entidades de interés público. La justificación del estudio de este tema es tratar de comparar la responsabilidad que tienen los administradores de una sociedad respecto de sus deberes de diligencia y lealtad en contraposición al modo en que responden los auditores de cuentas. Para ello, el trabajo se apoyará en el caso de la salida a Bolsa de Bankia en 2011, que ha constituido uno de los escándalos financieros más relevantes de nuestro país en la última década.

Son múltiples los casos de conflictos de interés como consecuencia del trabajo de los auditores, que han salido a la luz en los últimos años. A nivel internacional, probablemente el más conocido de todos sea el caso Enron, en el año 2001, si bien, el número de estos casos se ha ido incrementando en esta pasada década. Este escándalo financiero supuso la quiebra de esta gran compañía energética junto con la mayor auditora a nivel mundial, Arthur Andersen. Este supuesto fue el detonante esencial que supuso la pérdida de confianza en los auditores que el mercado tenía.

Por parte de la situación en España, tal y como se ha comentado, el caso Bankia y su auditora en el momento de la salida a bolsa de la entidad bancaria, Deloitte, ha sido uno de los supuestos que han motivado un cambio en la normativa respecto de la auditoría de las entidades de interés público. El ordenamiento español ha tratado de prevenir que se repitan sucesos tales como el expuesto en los que una entidad con gran relevancia en el sistema económico español, que en el caso de Bankia cotizaba en Bolsa, se descubra que, tras el informe favorable de sus auditores de cuentas, meses más tarde comienzan a interponerse demandas contra los administradores de la sociedad cuando necesita ser rescatada para continuar con su actividad.

Para realizar este estudio se revisará la legislación en vigor actualmente en nuestro país para aplicarla al caso mencionado. A partir de ciertas sentencias se tratará de estudiar cómo son penalizados en este tipo de situaciones tanto los administradores como los auditores de la sociedad que produce el escándalo, con el objetivo de ofrecer una visión crítica sobre la actividad auditora en España en la actualidad.

En esta misma línea se plantearán ciertas preguntas relacionadas con la utilidad real del informe emitido por los auditores, la relación interesada que pueda haber entre la sociedad

auditada y su auditor de cuentas y el “maquillaje” de las cuentas anuales que a veces pueda parecer inadvertido por los auditores.

En relación con los regímenes de responsabilidad a estudiar, el de los administradores y el de los auditores, actualmente en España, la regulación sobre ambos tipos de responsabilidad se recoge en leyes separadas y los criterios para determinar estas, como veremos, no son iguales. La base de toda esta diferenciación acaba determinando lo que se conocen como los conflictos de interés. Para poder abordar el estudio de los mismos, se analizará el régimen de independencia de los auditores de cuentas en España, el sistema de rotación de estos... para poder concluir en su régimen de responsabilidad. Debemos tener en cuenta que son muchas personas las involucradas en suministrar información sobre una misma compañía (tanto los auditores, como los directivos, administradores de una sociedad, etc.) y cada uno de ellos, en la medida en que incumplan sus deberes, estarán sujetos a un régimen de responsabilidad determinado¹.

2. MARCO JURÍDICO

Una vez expuesto el tema de estudio, partimos de la legislación que se va a emplear como base. En vista del panorama financiero con la salida a la luz de ciertos casos de incongruencia entre las cuentas anuales de las compañías y su verdadera imagen fiel, el 1 de enero de 2017 entraron en vigor la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (en adelante, LAC) y el Reglamento (UE) n.º 537/2014, del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 (en adelante, Reglamento 537/2014), sobre los requisitos específicos para la auditoría legal en las entidades de interés público. Por un lado, la LAC recoge en su Exposición de motivos que el pilar fundamental para la elaboración del informe de auditoría es la independencia, y dedica un capítulo específico (Capítulo IV del Título I), a la auditoría de las entidades de interés público. Por su parte el Reglamento 537/2014 incorpora una serie de servicios que las sociedades de auditoría no pueden prestar a sus clientes, se fijan límites a los honorarios, la obligación del sistema de rotación, etc. Vemos entonces que serán estos los distintos puntos a tratar para poder llevar a cabo un análisis sobre el régimen de responsabilidad de los auditores de cuentas.

Ahora bien, para poder iniciar este estudio en el ámbito de las entidades de interés público, será necesario delimitar qué se entiende por entidad de interés público.

¹ García, M., “Los escándalos financieros y la auditoría: pérdida y recuperación de la confianza en una profesión en crisis”, *Revista valenciana de economía y hacienda*, n.7, 2003, p. 26

Con la entrada en vigor del Real Decreto 277/2015, de 2 de octubre, de desarrollo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, se modifica el artículo 15 del Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas (en adelante, RAC)² en el que se establecen los requisitos para considerar a una entidad como de interés público. De este modo, a efectos de auditoría de cuentas, tienen la condición de entidad de interés público (en adelante, EIP) las siguientes:

- Entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores o en el mercado alternativo bursátil pertenecientes al segmento de empresas en expansión
- Entidades de crédito
- Entidades aseguradoras
- Empresas de servicios de inversión e instituciones de inversión colectiva que, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, tengan como mínimo 5.000 clientes, en el primer caso, o 5.000 partícipes o accionistas, en el segundo caso, y las sociedades gestoras que administren dichas instituciones.
- Los fondos de pensiones que, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, tengan como mínimo 10.000 partícipes y las sociedades gestoras que administren dichos fondos.
- Las fundaciones bancarias, las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico
- Entidades diferentes de las anteriores cuyo importe neto de la cifra de negocios durante dos ejercicios consecutivos sea de 2.000 millones de euros y la plantilla media durante el mismo tiempo sea de 4.000 empleados.
- Grupos de sociedades en que la sociedad dominante sea EIP

Como se puede observar, el abanico de sociedades que se consideran bajo esta denominación de “entidad de interés público” es bastante amplio, por lo que a efectos del siguiente trabajo de investigación la base del estudio serán los bancos, las entidades de crédito, y se tratará de llegar a conclusiones a partir de un ejemplo práctico de estos

² Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio (última modificación: BOE 17 de diciembre de 2016).

últimos años. De ahí que, tal y como se irá viendo a lo largo del trabajo, el presente estudio se centra en analizar el caso de la salida a bolsa de Bankia en 2011.

3. EL OBJETO DE LA AUDITORÍA

Haciendo uso de la legislación específica de este sector se define el objeto de esta profesión. Identificamos dos partes u objetivos dentro de estos artículos que recogen el objetivo de la auditoría. Por un lado, el auditor debe verificar la información financiera conforme a las disposiciones legales (lo que se traduce según la normativa internacional en dar su opinión) y por otro, resumir esa verificación o no a través de la emisión de un informe.

De este modo, el objeto de esta profesión lo encontramos definido en el art. 1.2. LAC:

Se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros.

Asimismo, la LSC³ recoge en su artículo 268:

El auditor de cuentas comprobará si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como, en su caso, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio.

Por otro lado, en el ámbito internacional (y siendo asimismo de aplicación en España), la NIA-ES 700⁴ recoge en su apartado 6:

Los objetivos del auditor son:

- (a) la formación de una opinión sobre los estados financieros basada en una evaluación de las conclusiones extraídas de la evidencia de auditoría obtenida; y
- (b) la expresión de dicha opinión con claridad mediante un informe escrito en el que también se describa la base en la que se sustenta la opinión

³ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE 3 de julio de 2010) (LSC)

⁴ NIA-ES 700 “Formación de la opinión y emisión del informe de auditoría sobre los Estados Financieros” (Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013), apartado 6.

En todas estas normas se entiende entonces que la misión del auditor de cuentas consiste en comprobar si las cuentas anuales de una sociedad determinada ofrecen una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad en base a las disposiciones legales, teniendo por objeto dicha actividad, la elaboración de un informe, como medio de verificación⁵.

Como aspectos a resaltar dentro de esta definición, se debe hacer la precisión de qué se entiende por imagen fiel, concepto que en la legislación española no aparece hasta la entrada de nuestro país en la UE. Entendemos entonces por imagen fiel el hecho de que la contabilidad de la empresa auditada responda a la realidad de sus datos financieros y patrimoniales.

Por otro lado, como se ha enunciado, el auditor debe comprobar si las cuentas anuales han sido formuladas respetando los criterios legales. Las cuentas anuales son elaboradas por los administradores de las compañías y deben ser ellos quienes entreguen a los auditores dicha información (art. 270.1 LSC). Ahora bien, ¿qué ocurre si los administradores incumplen su deber de entregar a los auditores dichos documentos? La respuesta la encontramos en la STS de 16 de mayo de 2002, en la que el Tribunal Supremo declaró que el informe de auditoría era incluso más necesario si la sociedad auditada no podía disponer de las cuentas anuales, ya que ésta debe en todo caso suministrar esta información a los destinatarios de la información de la sociedad, esto es, accionistas, futuros inversores, etc⁶.

En relación con este aspecto, tal y como se estudiará en el apartado relativo al régimen de responsabilidad de los administradores, estos, respecto de su deber de suministrar a los auditores con la información necesaria, no podrán negarse a darles dicha información en base al deber de secreto⁷.

Ahora bien, una vez analizado lo que recoge la normativa en relación al objeto de la auditoría, cabe detenerse en pensar si realmente los auditores a día de hoy responden a este objetivo. La idea es que a través de su informe de auditoría reflejen una opinión que han formado sobre los estados financieros de las compañías que auditan.

⁵ Velasco, G., *El auditor de cuentas*, Aranzadi, 2015, p. 51.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 16 de mayo 2002 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw RJ 2002/9188).

⁷ *El auditor de cuentas* “cit.” p. 53.

En el caso que nos ocupa, Bankia salió a bolsa tras un informe favorable (sin salvedades) por parte de la auditora Deloitte que garantizaba que los estados financieros proporcionaban una imagen fiel de la empresa⁸. El banco sale a Bolsa en octubre de 2011 y en mayo de 2012, tan sólo siete meses más tarde se inicia su rescate. Comienzan las investigaciones y tras el análisis de las últimas cuentas anuales verificadas contablemente, se observa que los últimos informes de auditoría habían sido favorables (Anexo 1).

En relación con lo expuesto a través de este capítulo, Deloitte, sociedad auditora de Bankia, tenía como objeto la formación de una opinión sobre los estados financieros de la compañía, para posteriormente reflejar la misma a través del informe de auditoría correspondiente. Tal y como se estudiará en los capítulos relativos a la independencia de los auditores y el sistema de rotación obligatoria, el objeto de la auditoría a día de hoy queda cuestionado. En el caso de Bankia, Deloitte llevaba auditando dicha entidad con anterioridad a la fusión de cajas, siendo la sociedad auditora de Caja Madrid en los años anteriores a la creación de Bankia.

Figura 1: Resumen informes de auditoría Caja Madrid-Bankia 2004-2012

Nº Estados Financieros	Fecha Estados Financieros	Nombre del emisor y auditor	Tipo	Inf. Esp. (1)	Amp. Inf. (2)	Opinión del auditor	Párrafo de énfasis (3)	Columna Observ.
14194	31/12/2012	BANKIA, S.A DELOITTE, S.L.	Individual/ Consolidada		Sí	Limpia / Limpia	Sí / Sí	
14065	31/12/2011	BANKIA, S.A DELOITTE, S.L.	Individual/ Consolidada		Sí	Limpia / Limpia	Sí / Sí	
Nº Estados Financieros	Fecha Estados Financieros	Nombre del emisor y auditor	Tipo	Inf. Esp. (1)	Amp. Inf. (2)	Opinión del auditor	Párrafo de énfasis (3)	Columna Observ.
12497	31/12/2010	CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID DELOITTE, S.L.	Individual			Limpia	Sí	
11834	31/12/2009	CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID DELOITTE, S.L.	Individual/ Consolidada		Sí	Limpia / Limpia	- / -	
11113	31/12/2008	CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID DELOITTE, S.L.	Individual/ Consolidada		Sí	Limpia / Limpia	- / -	
10302	31/12/2007	CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID DELOITTE, S.L.	Individual/ Consolidada			Limpia / Limpia	- / -	
9642	31/12/2006	CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID DELOITTE, S.L.	Individual/ Consolidada			Limpia / Limpia	- / -	
9031	31/12/2005	CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID DELOITTE, S.L.	Individual/ Consolidada			Limpia / Limpia	- / -	
8513	31/12/2004	CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID DELOITTE, S.L.	Individual/ Consolidada			Limpia / Limpia	- / -	

Fuente: Comisión Nacional del Mercado de Valores⁹

⁸ Los tipos de opiniones se desglosan en el Capítulo 7 relativo al informe de auditoría.

⁹ Disponible en la página oficial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: <https://www.cnmv.es/Portal/Consultas/IFA/ListadoIFA.aspx?id=0&fechaDesde=01/01/2005&fechaHasta=31/12/2014&nif=G28029007>

En la anterior tabla vemos cómo el resultado de la opinión sobre sus estados financieros siempre la misma: favorable. Vemos asimismo cómo Deloitte, entidad encargada de la auditoría de Caja Madrid, siguió realizando el mismo trabajo una vez fusionada la caja de ahorros con otras españolas. En los dos años relativos a la salida a Bolsa (2010 y 2011), la opinión de estos informes fue favorable, tal y como se puede comprobar, cuando debieron haber detectado hasta una decena de errores contables¹⁰. Cabe plantearse hasta qué punto los auditores realmente se están formando una opinión objetiva sobre los estados financieros que están auditando, y si realmente se puede considerar que hayan cumplido con el objeto de la profesión. Es verdad, que tal y como se estudia más adelante, la obligación que contrae la sociedad auditora con la auditada es una obligación de resultado, de emisión del informe, y este resultado en el caso de Bankia se cumple, ya que Deloitte emite dicho informe. Ahora bien, yendo un paso más allá, y tal y como se estudiará en el capítulo relativo a la responsabilidad extracontractual, las auditoras tienen una obligación con la sociedad que auditan, pero de esa obligación se derivan una serie de consecuencias para terceros interesados. De ahí que el hecho de que Deloitte emitiera un informe sin salvedades conlleva que los inversores decidan apostar por Bankia, y sin embargo su consentimiento está viciado ya que se consiente en base a una información que no se corresponde con la realidad¹¹.

A través de este trabajo se trata de estudiar entonces el impacto que tiene realmente el trabajo de los auditores, cómo llega a afectar a terceros y cómo se regula su responsabilidad. De ahí que el nombramiento y la selección de una sociedad de auditoría tenga su relevancia.

4. NOMBRAMIENTO DE LOS AUDITORES

En relación con el sistema de designación de los auditores de cuentas en las EIP, la LAC, en su artículo 40.3, hace una remisión al artículo 16 del Reglamento 537/2014.

¹⁰ Romera, J., “Deloitte ignoró una decena de errores en Bankia para avalar las cuentas”, *El Economista*, 5 de diciembre de 2014 (disponible en <http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/6302517/12/14/Deloitte-ignoro-una-decena-de-errores-en-Bankia-para-avalar-las-cuentas.html>; última consulta 09/04/2018).

¹¹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Torrent de 6 de julio 159/2015 (disponible en <http://www.bufeterosales.es/wp-content/uploads/2015/07/Sentencia-completa.pdf>; última consulta 16/04/2018).

Este artículo recoge que será competencia del comité de auditoría presentar una recomendación al órgano de administración sobre el nombramiento de la sociedad encargada de auditar. Establece asimismo la obligatoriedad de contar con un proceso de selección de entre diferentes candidatos a ser auditores de la entidad. Estos candidatos a auditar una compañía podrán ser, bien un auditor de cuentas personas física, bien sociedades de auditoría (art. 1.2 LAC). En caso de que sea una persona física, es obligatorio el nombramiento de auditores suplentes mientras que, si es una sociedad de auditoría la determinación de la suplencia es potestativa¹².

Por otro lado, en relación al nombramiento, hemos de tener en cuenta que durante el periodo en que son nombrados, este nombramiento es irrevocable y únicamente podrá revocarse en el caso de existir justa causa¹³. He aquí una de las diferencias con los administradores, los cuales podrán ser revocados de su cargo *ad nutum*, en la propia Junta sin que exista una causa de por medio (art. 223 LSC).

Pues bien, dentro de este capítulo se estudiarán los distintos tipos de nombramientos que hay, los requisitos para ejercer esta profesión, así como en lo que consisten los deberes de los auditores y qué es la Comisión de Auditoría.

4.1. Potestad para el nombramiento del auditor de cuentas

Dentro del nombramiento de los auditores de cuentas o la sociedad de auditoría encontramos la siguiente clasificación en función de la entidad que los designe: nombramiento por la entidad, nombramiento por el Registro Mercantil y nombramiento por el Juzgado de lo Mercantil.

Antes de analizar cada uno de los tres supuestos, debemos tener en cuenta que no todas las empresas están obligadas a auditar sus cuentas anuales. Únicamente lo están aquellas que superen los límites establecidos en el artículo 263 LSC¹⁴. Teniendo esto en mente, nos encontraremos entonces con auditorías voluntarias y auditorías obligatorias.

¹² Marina, Á., *La auditoría de cuentas anuales*, Lex Nova, Valladolid, 1997, p.85.

¹³ Consulta núm. 2 BOICAC, núm. 89 (disponible en: <http://www.icac.meh.es/Consultas/Boicac/ficha.aspx?hid=434>)

¹⁴ Este artículo recoge que no deberán someterse obligatoriamente a la revisión del auditor las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan a cierre del ejercicio dos de los siguientes requisitos: (i) que el total del activo sea inferior a 2.800.000 euros, (ii) que el INCN sea inferior a 5.000.000 euros o (iii) que el número medio de trabajadores durante el ejercicio no supere los 50.

4.1.1. Nombramiento por la entidad

Diferenciando entre los dos tipos de auditorías anteriormente descritas, obligatoria y voluntaria, en relación con la primera, para el nombramiento del auditor de cuentas las condiciones serían las siguientes:

- **Órgano competente:** Junta General. Al no establecer la ley si en convocatoria ordinaria o extraordinaria, se entiende que cumpliendo los requisitos para que cualquiera de las dos sea válida, podrá nombrarse a los auditores tanto en una como en otra, siempre y cuando esté dicho asunto dentro del orden del día, ya que en caso contrario, sería nulo dicho nombramiento^{15 16}.
- **Plazo:** antes de que finalice el ejercicio económico que vaya a auditarse, que no tiene por qué coincidir con el año natural, ya que si no se nombra en plazo, dicha designación sería nula y deberíamos pasar entonces al nombramiento por el Juzgado o por el Registro Mercantil.
- **Duración del contrato:** como se estudiará en el apartado relativo a la “Rotación de los auditores”, la duración de este contrato consta de un mínimo de tres años y máximo de nueve, siendo el periodo de referencia de inicio el primer día del ejercicio a auditar (arts. 19 LAC y 264.1 LSC).

En cuanto a los trámites a seguir en este tipo de nombramiento en el caso de las auditorías voluntarias, la respuesta la encontramos en una consulta al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) por parte del Consejo General de Economistas (BOICAC 7 consulta 1). En la misma, el ICAC declara que los tres requisitos anteriormente mencionados son únicamente de aplicación para las auditorías obligatorias, por lo que, en caso de decidir someterse a una auditoría de cuentas, las entidades que no cumplan con los límites del art. 247 LSC, no deberán ajustarse a los mismos.

En cuanto al órgano competente entonces para nombrar a los auditores de cuentas en estos casos, en ausencia de normativa alguna, el ICAC establece que habrá que atender a lo establecido en los Estatutos Sociales de la compañía, en caso de no existir normativa especial.

¹⁵ *El auditor de cuentas* “cit.” p. 17

¹⁶ Resolución Dirección General de Registros y Notariado de 19.5.2000, nº 61; mayo 2000; p. 1310.

4.1.2. Nombramiento por el Registro Mercantil

Este segundo tipo de nombramiento en función de la entidad encargada de designar al auditor se recoge en el art. 265 LSC cuando se den las siguientes situaciones:

- En el caso de auditorías obligatorias, en el caso de que el órgano encargado de nombrar al auditor en el plazo previsto (la Junta General antes de finalizar el ejercicio) o cuando el auditor no acepte su cargo o no pueda cumplir sus funciones podrán entonces los administradores o los accionistas el nombramiento por el Registro Mercantil
- En las auditorías voluntarias, se requiere que lo soliciten los socios que representen al menos un 5% del capital social. Existe un requisito de plazo: debe realizarse como tarde en los tres meses posteriores al cierre del ejercicio a auditar.

Por otro lado, los administradores y las personas legitimadas podrán solicitar la revocación del nombramiento del auditor y nombrar a otro. Hemos de tener en cuenta sin embargo, que para poder revocar al auditor deberá mediar una justa causa, tanto en este supuesto como en el siguiente apartado. He aquí una de las diferencias que posteriormente se estudiarán respecto de los administradores, y es que el administrador de una sociedad puede ser revocado *ad nutum*, mientras que para la revocación de los auditores debe mediar justa causa. Si pensamos en el contrato de auditoría como un arrendamiento de obra, este requisito supone que se está privando al arrendador o comitente de la posibilidad de terminar con el contrato. Ahora bien, es necesario resaltar que este tipo de contratos, tal y como se ha estudiado, son de naturaleza obligatoria para algunas entidades, esto es, las compañías son auditadas porque así lo impone la ley o lo solicita un porcentaje de sus socios. Pues bien, tiene sentido que en la medida en que existe la auditoría como medio de protección a los terceros, la sociedad no pueda revocar al auditor a su libre arbitrio sin que media una justa causa¹⁷.

El concepto de justa causa es un concepto jurídico indeterminado, pero se ha entendido jurisprudencial y doctrinalmente que se entiende que existe justa causa que permita la revocación cuando el auditor designado por la sociedad incurra en alguna infracción grave

¹⁷ Alfaro, J., “Revocación del auditor y carga de la prueba de la concurrencia de justa causa”, *Almacén de Derecho*, 10 de enero de 2017 (disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2017/01/revocacion-del-auditor-y-carga-de-la.html>; última consulta 16/04/2018).

como puede ser la falta de independencia o la prestación de servicios ajenos a la auditoría¹⁸.

4.1.3. Nombramiento por el Juzgado de lo Mercantil

Este último tipo de nombramiento viene recogido en el art. 266 LSC y supone que tanto los socios (bien solo uno en el caso de que sociedad obligada a auditar, o los que representen el 5% del capital social) como los administradores podrán solicitar al juez que revoque al auditor elegido y nombre a otro en el caso de que se cumpla alguna de las situaciones previstas en ese artículo.

4.2. Requisitos y deberes para el ejercicio de la auditoría de cuentas

Los requisitos para el ejercicio de esta profesión los encontramos en el Capítulo II del Título I de la LAC. En su artículo 8, la LAC prevé que quienes cumplan determinadas condiciones podrán realizar la auditoría de cuentas siempre y cuando estén inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, presentando la garantía financiera oportuna (art. 27 LAC).

En lo relativo a los deberes de los auditores, la LAC establece la obligación genérica de custodia y secreto para todos los auditores de cuentas (arts. 30 y 31 LAC).

4.3. Comisión de Auditoría

En España debemos el nacimiento de las comisiones de auditoría al Código Olivencia de 1998, mientras que los antecedentes en Europa sin embargo, se remontan a 1992, con el informe Cadbury en el Reino Unido. En este informe se establecía la preferencia de contar con un comité formado por consejeros no ejecutivos e independientes, con el objetivo de mejorar la detección de fraudes¹⁹.

La idea que residía en la creación de estos comités de auditoría (antecedente de nuestras comisiones de auditoría) era que, aunque los administradores son los responsables de elaborar las cuentas anuales de la entidad, éstos no podían intervenir en la actividad propia de los auditores, pero sí, colaborar con ellos para detectar los posibles fraudes, asegurar la independencia del auditor de la compañía, etc. De ahí que el informe estableciera que

¹⁸ Morral, R., “La revocación del auditor de cuentas por justa causa: el supuesto de prestación simultánea de servicios de auditoría de cuentas y de asesoría jurídica”, *Anuario de Justicia Alternativa*, 2001, p. 201

¹⁹ “Los escándalos financieros y la auditoría: pérdida y recuperación de la confianza en una profesión en crisis” “cit.” p.38

era el comité de auditoría el que debía proponer al Consejo de Administración la sociedad auditora escogida para posteriormente votar dicho nombramiento en la Junta General.

Con la entrada en vigor en el año 2010 de la Ley de Sociedades de Capital, se recoge por primera vez como infracción para las entidades emisoras de valores el no contar con una comisión de auditoría ni ajustarse a las disposiciones legales relativas a las mismas. Finalmente, es con la entrada en vigor de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas de 2015, con la que se recoge la obligación para las EIP de contar con dicho organismo.

La comisión de auditoría es un organismo constituido en el seno del consejo de administración cuya composición y funciones vienen reguladas en el art. 529 *quaterdecies* de la LSC. La ley exige que exista una mayoría de consejeros no ejecutivos y que el Presidente de la Comisión sea elegido de entre los mismos. Tanto la LAC como la LSC recogen diferentes normas acerca de la composición y funciones de estas comisiones, sin embargo, debido a constantes consultas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) acerca del régimen jurídico de este organismo, la CNMV decidió en 2017 publicar una serie de recomendaciones que orienten en la práctica el funcionamiento de dichas comisiones²⁰.

Esta Guía Técnica se divide en dos partes fundamentales: principios básicos de la comisión y el desempeño de las funciones de esta.

4.3.1. Principios básicos

Son cinco los principios que deben presidir toda comisión de auditoría:

- **Responsabilidad** respecto de las funciones de asesoramiento, supervisión y control, así como su deber de velar por la independencia del auditor de cuentas.
- **Escepticismo**, que implica tener una actitud crítica tanto individual de cada uno de sus integrantes, como de la comisión en su conjunto.
- **Diálogo constructivo que promueva la libre expresión de sus miembros**, favorecido por el presidente de la comisión en un ambiente de diversidad.
- **Diálogo continuo con la auditoría interna, el auditor de cuentas y la dirección**, sin que en ningún caso ello deba suponer una amenaza a la independencia absolutamente necesaria en este ámbito.

²⁰ Guía Técnica 3/2017, de 27 de junio, sobre Comisiones de Auditoría de Entidades de Interés Público (disponible en <https://www.cnmv.es/portal/Legislacion/Guias-Tecnicas.aspx>).

- **Capacidad de análisis suficiente**, incluida la potestad de solicitar expertos para analizar determinados aspectos más específicos.

4.3.2. Desempeño de sus funciones

En este punto se va a hacer referencia a las recomendaciones que realiza la CNMV en relación a las funciones de las comisiones de auditoría, diferenciando 9 aspectos en lo relativo a: (i) composición, (ii) funcionamiento, (iii) supervisión de la información financiera y no financiera, (iv) supervisión de la gestión y control de los riesgos, (v) supervisión de la auditoría interna, (vi) relación con el auditor de cuentas, (vii) otras responsabilidades, (viii) evaluación y seguimiento y (ix) el deber de información a los órganos de la entidad y a sus accionistas²¹.

Ahora bien, si la función de la comisión de auditoría es el nombramiento y supervisión de los auditores y surge como consecuencia de tratar de evitar que haya conflictos de interés por la relación que tienen los auditores con los administradores, resulta crítico pensar que los componentes de la comisión son los propios miembros del Consejo de Administración, a pesar de que se exija el requisito de que sean consejeros no ejecutivos. Es cierto que existe un mecanismo para dotar de mayor supervisión a la auditoría en las EIP, ahora bien, es cuestionable el hecho de que se haya logrado el objetivo inicial gracias al mismo. De este modo, tal y como se extrae de la propia información publicada por Bankia, la compañía recoge entre otras funciones de forma expresa, la función de supervisión de la información financiera para realiza posteriormente recomendaciones al Consejo de Administración en su apartado 1.2.c)²²:

Supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva y presentar recomendaciones o propuestas al Consejo de Administración, dirigidas a salvaguardar su integridad, y en particular:

- informar, con carácter previo, al Consejo de Administración sobre la información financiera que la Sociedad deba hacer pública periódicamente;
- revisar las cuentas de la Sociedad, vigilar el cumplimiento de los requerimientos legales y la correcta aplicación de los principios de contabilidad generalmente

²¹ Guía Técnica 3/2017 sobre comisiones de auditoría de entidades de interés público, “cit.”.

²² Bankia. (2016). *Informe del Comité de Auditoría y cumplimiento* (disponible en <https://www.bankia.com/recursos/doc/corporativo/20170220/junta-general-2017/10-el-informe-del-comite-de-auditoria-y-cumplimiento-del-ejercicio-2016.pdf>).

aceptados, así como informar las propuestas de modificación de principios y criterios contables sugeridos por la dirección; y

- revisar los folletos de emisión y la información financiera periódica que, en su caso, deba suministrar el Consejo a los mercados y sus órganos de supervisión.

Vemos por lo tanto cómo a la luz de lo ocurrido en 2011 y 2012 respecto de la contabilidad de la entidad y del “fraudulento” folleto de emisión, Bankia, en cumplimiento de las recomendaciones de la CNMV sobre las funciones de la comisión de auditoría ha tratado de establecer este mecanismo de control para prevenir los problemas. A través de la lectura del artículo, sin embargo, vemos entonces cómo el organismo intermediario de detectar si hay problemas con la información y prácticas contables es la comisión de auditoría, integrada por personas integrantes del Consejo de Administración, de modo que si detectan algún riesgo lo comunican a sus compañeros. Cabe preguntarse entonces por qué esta comisión de auditoría no cuenta con expertos independientes (realmente independientes) que garanticen el cumplimiento de las normas contables, ya que en vista de los hechos acaecidos parece claro que no se puede terminar de ver a las sociedades auditoras como absolutamente independientes de las entidades que auditan, y su opinión puede no ser del todo objetiva.

5. EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

Ya se ha realizado a lo largo de esta exposición alguna referencia a la necesidad de independencia de los auditores. Entendemos este principio en su formulación negativa como la abstención de sus actuaciones que deben llevar a cabo los auditores cuando en el ejercicio de su profesión puedan ver comprometida su objetividad. Es de tal importancia este principio que la aprobación de las cuentas anuales podría llegar a ser declarada nula si el auditor pierde su independencia. Para realizar un análisis del mismo que luego conectará con la responsabilidad de los auditores, se va a estudiar desde su conexión con diferentes ángulos.

5.1. El principio de independencia y la detección del fraude

Tal y como se ha mencionado al inicio del trabajo, uno de los mayores retos a los que se enfrentan los profesionales de la auditoría en el día de hoy es a la recuperación de la confianza perdida por el mercado tras la sucesión de varios escándalos financieros.

Es en este contexto en el que surge la importancia de la detección del fraude de determinadas entidades por los auditores y en dicha actividad, el principio de

independencia es absolutamente esencial. La detección de fraudes es uno de los pilares que garantizan la independencia de los auditores de cuentas y consecuentemente amplían la confianza de los usuarios de la información suministrada por ellos. Es una *conditio sine qua non* para que llegue la información veraz a los accionistas²³.

La detección del fraude como compromiso formal de los auditores, aparece por primera vez en 1982 en la reunión del *International Federation of Accountants* (IFAC)²⁴, en la que se relaciona estrechamente este compromiso del encargado de la auditoría con el escepticismo profesional que debe estar presente en todo trabajo de auditoría.

Ahora bien, encontramos distintos casos, como se estudian a lo largo del trabajo, en los que no siempre el resultado de la auditoría lleva consigo una detección de fraude que debería contener. Nos podríamos plantear entonces si es que los auditores son incapaces de detectar estos fraudes o si lo que realmente ocurre es que los detectan, pero no informan sobre los mismos.

Cuanto menos independiente sea el auditor respecto de la entidad auditada menor probabilidad existirá de que informe sobre un posible fraude. El auditor podrá entonces, bien no llevar a cabo pruebas de auditoría que puedan desvelar la existencia del mismo o bien aun detectando la presencia de este, no informar sobre ello. Esta última opción será una cuestión esencial respecto de la responsabilidad del auditor.

5.2. El principio de independencia y las causas de incompatibilidad

Las causas de compatibilidad recogidas en el art. 16 LAC, han sido de las mayores aportaciones por parte de la legislación nacional para garantizar la independencia de los auditores de cuentas. El deber de independencia es, como queda recogido tanto en la Exposición de Motivos de LAC como en el Reglamento 537/2014, en lo relativo a las EIP, el pilar fundamental que reside en la confianza existente en los informes de auditoría.²⁵

De acuerdo con este principio fundamental, el auditor de cuentas deberá abstenerse de actuar en caso de que pueda ver comprometida su objetividad a la hora de realizar su

²³ “Los escándalos financieros y la auditoría: pérdida y recuperación de la confianza en una profesión en crisis” “cit.” p. 32

²⁴ International Federation of Accountants, 1982, guía 11 (disponible en http://ual.dyndns.org/Biblioteca/Auditoria_I/Pdf/Unidad_05.pdf), p.1

²⁵ Rubio, E., “El deber de independencia de los auditores según la nueva normativa”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 18, n. 52, 2016, p. 60

trabajo de auditoría.²⁶ En concreto, la LAC en su artículo 14 dedicado al deber de independencia establece que deberán abstenerse de participar en la gestión o toma de decisiones de la sociedad auditada, no podrán incurrir en las causas de incompatibilidad que seguidamente estudiaremos, ni tampoco podrán intervenir en el proceso de auditoría aquellas personas que tengan una relación laboral o comercial con la sociedad auditada, para evitar conflictos de interés.

Se recoge entonces en la ley a modo de proceso de control de todos los auditores un sistema de amenazas y salvaguardas, de modo que cuando un auditor detecte que es posible que exista una situación que pueda suponer una amenaza a su independencia, deberá abstenerse de conocer. Estas amenazas podrán venir por vías diferentes, ya sean de carácter familiar, interés propio, de alguna relación comercial o financiera, etc. Por su parte, deberá asimismo identificar las posibles medidas de salvaguarda para hacer frente a dichas amenazas y aplicarlas en su caso para garantizar la independencia.²⁷

El artículo 16 LAC divide las causas de incompatibilidad en que pueden incurrir los auditores y que, en cualquier caso, en el supuesto de encontrarse en alguna de ellas supone que deberán abstenerse de continuar con dicho trabajo. Clasifica estas causas en dos grupos: aquellas derivadas de situaciones personales (16.1 a)) y aquellas circunstancias derivadas de los servicios prestados (16.1.b)).

Respecto de las primeras:

- Cargos directivos o de administración, de apoderado con mandato general, de empleado o aquel que asuma funciones de supervisión o control interno. El primero lo realiza aquel que pertenece al órgano de dirección mientras que el segundo es miembro del consejo de administración.
- Interés financiero directo o indirecto significativo en la entidad auditada. Por interés directo se entiende aquel que nace de la participación en la entidad auditada, mientras que el indirecto supone que si bien el auditor no posee acciones de la entidad que debe auditar, ostenta su participación en otra entidad que sí que participa de la auditada.

²⁶ Mazuelas, J., “Auditoría: independencia y causas de incompatibilidad”, *LAZ WRUBE, Bufete Jurídico Empresarial*, 2013 (disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/contable/auditoria-ley_de_auditoria_de_cuentas-audidores_de_cuentas-sociedades_de_auditoria_11_604930003.html; última consulta 14/02/2018).

²⁷ “El deber de independencia de los auditores según la nueva normativa” “cit.” p.67

Ahora bien, para entender que supone un interés financiero significativo, atenderemos a lo establecido en el art. 46.2 RAC.²⁸ Según el mismo, tienen la consideración de interés significativo la participación en entidades:

- Cuando supongan más del 10% del patrimonio del auditor
 - En EIP, cuando suponga un 0,5% de su capital social
 - Cuando, con independencia del porcentaje, pueda llegar a influir en la gestión o resultado de la entidad auditada.
- Realización de operaciones con instrumentos financieros relacionados con la entidad auditada.
 - La solicitud o aceptación de obsequios por parte de la entidad auditada, salvo que sean insignificantes. Ahora bien, la norma no recoge qué se debe entender por insignificante ni el Reglamento 537/2014 ha especificado tampoco qué se entiende por dicho concepto.

En cuanto al periodo de cómputo o vigencia en que se generan las incompatibilidades derivadas de situaciones personales, se deben tener en cuenta desde el inicio del año anterior al ejercicio a auditar hasta que finalice el encargo de auditoría.²⁹

Por su parte, en relación a las incompatibilidades por razón de los servicios prestados, tanto la LAC como el Reglamento 537/2014 en su artículo 5 prevén una serie de servicios que no pueden ser prestados por los auditores. A modo de ejemplo práctico, una *Big Four*, en su caso, no podrá ofrecer los servicios de auditoría y consultoría simultáneamente a un cliente. Relacionando este concepto por tanto con el de rotación, cuando finalice el periodo de rotación como empresa auditada, podrá entonces el cliente contratar los servicios de consultoría. Los servicios prohibidos a modo de resumen se podrían enunciar entonces del siguiente modo:

- Prestación de servicios de contabilidad o preparación de los registros contables o estados financieros
- Prestación de servicios de valoración, salvo que la importancia sea relativa y no vayan a afectar a la independencia del auditor.
- Prestación de servicios de auditoría interna.
- Prestación de servicios de abogacía simultáneamente

²⁸ “Auditoría: independencia y causas de incompatibilidad” “cit.”

²⁹ “El deber de independencia de los auditores según la nueva normativa” “cit.” p. 79

- Prestación de servicios de diseño y prácticas de control interno.

Los tres últimos supuestos se excepcionan en determinados casos en los que el grado de responsabilidad asumido no sea del todo elevado. Observamos por tanto cómo dentro de este bloque la única causa de incompatibilidad de carácter absoluto es la relativa a la prestación de servicios de contabilidad, mientras que el resto podrán dejar de ser incompatibilidades en determinadas ocasiones.³⁰

Del mismo modo que con el primer bloque de causas de incompatibilidad, la vigencia a la que están sometidas se reduce al inicio del ejercicio a auditar.

5.3. Prohibiciones posteriores

En aras de lograr esta independencia de los auditores y mantenerla en el futuro, la LAC recoge en su artículo 23 una serie de prohibiciones posteriores a las que los encargados de la auditoría de una entidad estarán sometidos en el año siguiente a la finalización de dicho trabajo. Estas prohibiciones se podrían resumir a grandes rasgos en la no participación en los órganos de dirección de dicha entidad auditada, en los intereses financieros tanto de la compañía como de las pertenecientes al mismo grupo³¹, durante ese plazo. La razón reside en que si la sociedad auditora X, audita una entidad cotizada Y, y conoce la posible revalorización de la compañía en el corto plazo como consecuencia de información confidencial obtenida en su trabajo, se estaría beneficiando de ello. De este modo se trata de evitar que se puedan cometer este tipo de operaciones.

6. ROTACIÓN DE LOS AUDITORES

6.1. Justificación de la existencia de la rotación

Antes de comenzar el siguiente apartado, es necesario hacer mención a los conceptos clave que son los que motivan la existencia de este mecanismo: la independencia de los auditores y la calidad de la auditoría. Son principalmente estos dos argumentos los que han servido como justificación para la necesidad o no de la rotación de los auditores.

Con esta introducción se entiende por tanto que hay tanto defensores como detractores de la rotación obligatoria. Los primeros creen, que este mecanismo ayuda significativamente a un incremento de la calidad de la auditoría ya que la independencia es mayor al no poder

³⁰ “El deber de independencia de los auditores según la nueva normativa” “cit.” p. 76

³¹ Artículo 42 Código de Comercio

reelegirse a los auditores,³² protegiéndose de la excesiva familiaridad a la que pueden llegar los mismos³³. Por su parte, los que están en contra de este sistema de rotación externa, defienden que de hecho la calidad de la auditoría será peor cuanto menos conozcan a su cliente³⁴ además de que este mecanismo puede llevar a una reducción de la competencia, al incrementar los costes de esta profesión sin garantizar que el servicio sea de mayor calidad³⁵.

Este mecanismo de rotación, si bien ya se había tratado de implementar en España en 1990, no es hasta el caso Enron (y la quiebra asimismo de sus auditores, Arthur Andersen), cuando los reguladores fueron conscientes a nivel mundial de la necesidad de implantar un sistema de rotación que asegurara la independencia³⁶. Se recoge en concreto en Estado Unidos por primera vez, el sistema de rotación en la Ley Sarbannes-Oxley, en la sección 205³⁷.

Como se ha mencionado en el apartado relativo al nombramiento de los auditores, respecto del nombramiento por la entidad, es la Junta General la encargada de designar a los mismos. Debemos tener presente, sin embargo, que, en la práctica, es el consejo de administración el órgano que realmente elige a los auditores, así como quien fija sus honorarios. Si bien teóricamente deberían ser los propios accionistas quienes designaran a los encargados de revisar sus cuentas anuales, es el consejo de administración quien tiene las facultades descritas, así como la capacidad para rescindir el contrato. Todo ello unido además a que los accionistas pueden otorgar un poder en favor de estos administradores para votar dicho nombramiento³⁸.

Al ser este órgano el encargado de la renovación de los auditores es el que tendrá una mayor vinculación con ellos, lo que puede llevar a un conflicto por independencia³⁹. La

³² Vilaboa, C., “Contratación, rotación y designación de auditores de cuentas o sociedades de auditoría”, *Auren*, 17 de julio de 2017 (disponible en <https://www.auren.com/es-ES/blog/auditoria/2017-07-17/contratacion-rotacion-y-designacion-de-auditores-de-cuentas-o-sociedades-de-auditoria>; última consulta 15/03/2018).

³³ Gómez-Aguilar, N. et al, “Mandatory Audit Firm Rotation in Spain: a policy that was never applied”, *IE Working Paper*, 2006, p. 1

³⁴ Johnson, V., et al. “Audit-firm tenure and the quality of financial reports, *Contemporary Accounting Research*, vol. 19, n. 4, 2002, p. 656.

³⁵ Paz Ares, C., *La ley, el mercado y la independencia del auditor*, Madrid, 1996, p. 40

³⁶ “Mandatory Audit Firm Rotation in Spain: a policy that was never applied” “cit.”, p.1

³⁷ “Los escándalos financieros y la auditoría: pérdida y recuperación de la confianza en una profesión en crisis” “cit.” p. 38

³⁸ Jackson, A. et al, “Mandatory Audit Firm Rotation and Audit Quality”, *Managerial Auditing Journal*, vol. 23, n. 5, 2008, p. 7

³⁹ *La ley, el mercado y la independencia del auditor*, “cit.” p. 48

razón reside en que, si los auditores no cumplen con las instrucciones del consejo de administración, cabe la posibilidad de que el mismo decida que quiere cambiar de sociedad de auditoría. El conflicto aparece entonces cuando los auditores se convierten en cumplidores de los intereses de los directivos de la empresa que auditan, y dejan de tener como perspectiva la garantía financiera que deben ofrecer.

Uno de los mecanismos que podemos relacionar con referencia al tema que nos ocupa es el conocido como *lowballing*. Esta práctica supone retribuir a los auditores con honorarios por debajo de los precios de mercado y, a medida que se van perpetuando los años en que el auditor presta servicios a la entidad auditada, su remuneración se ve incrementada⁴⁰. Para lograr esto, será necesario entonces que la relación cliente-auditor sea buena, ya que, si no, será más complicado que haya un incremento en su remuneración. Por otro lado, y con relación a este apartado concreto en cuestión, la práctica del *lowballing* choca en cierto modo con el concepto de rotación ya que cuanto menor sea el periodo establecido por ley en que pueda estar una sociedad auditando una entidad, mayor deberá ser el incremento de honorarios anual, lo que podrá llevar intrínseco un conflicto de independencia.

El consejo de administración busca obtener un informe positivo de auditoría, que supone una buena marcha de la empresa y consecuentemente de sus funciones que aseguren la permanencia en su cargo. El problema viene cuando surgen las disputas por lo conocido como conflicto de agencia, cuando las opiniones entre los propietarios de la compañía (accionistas) y los encargados de la gestión (consejo de administración), divergen. El accionista busca unos buenos resultados de la empresa que remuneren su participación, pero partiendo de una información fiable. El consejo de administración busca un documento que garantice la buena marcha de la compañía. Lo ideal sería que este documento, el informe de auditoría, fuera veraz y realmente reflejara la imagen fiel de la sociedad. Ahora bien, ¿podría el consejo de administración sugerir a los auditores, cuya remuneración depende del mismo, que den una opinión favorable al informe, aunque este no refleje la información con absoluta certeza? La sociedad auditora es consciente de que un informe desfavorable puede llegar a suponer la rescisión del contrato con su cliente.⁴¹

⁴⁰ Sanz, P., “Las Big Four y la auditoría de Entidades de Interés Público en la UE: la necesidad de una regulación eficiente de la rotación obligatoria”, Universidad Pontificia Comillas, 2016, p.5

⁴¹ “Mandatory Audit Firm Rotation and Audit Quality”, “cit.”, p.5.

Surge entonces la dependencia económica de las sociedades de auditoría respecto de sus clientes, y en especial en cuanto a lo que nos concierne, respecto de las EIP ya que, en su mayoría, suponen el mayor nivel de ingresos para las sociedades de auditoría, por lo que a las mismas no les compensa perderlos. Es decir, las sociedades de auditoría buscarán contentar a aquel que las ha contratado, aunque en algunos casos esto pueda llegar a suponer la emisión de informes no veraces.

Tal y como se ha comentado a lo largo del trabajo, este es el supuesto que ocurrió en el caso de la salida a Bolsa de Bankia. La emisión del informe no se correspondía con la realidad. En relación con este apartado relativo a la rotación, recordamos en base a lo reflejado en la Figura 1, que Deloitte llevaba siete años auditando Caja Madrid (2004-2010) y auditó Bankia en 2011 y 2012. Con estos nueve años se cumple el periodo máximo de rotación que recoge la normativa española actual, si bien este límite no operaba en el año de la salida a bolsa de la entidad.

6.2. Legislación actual y análisis crítico

Se ha hecho ya referencia en varias ocasiones a lo largo del presente texto sobre el mecanismo de rotación, consistente en establecer un periodo máximo a las sociedades auditadas para auditar a una misma empresa. Este periodo por regla general es de 3 años, prorrogables hasta nueve (art. 22 LAC). Si bien, esta regla general goza de una serie de excepciones ya que, en primer lugar, es aplicable únicamente a las auditorías obligatorias, que no a las voluntarias. Por otro lado, en el caso de las EIP, sin embargo, se establece en la legislación nacional que el mecanismo de rotación sea de siete años cuando el importe neto de la cifra de negocios sea superior a cincuenta millones de euros (art. 19.2 LAC).

Vemos entonces como existen variaciones respecto de la regla general de los 3 y 9 años. En cuanto al tema que nos afecta, es especialmente llamativo el tratamiento del Reglamento 537/2014 en lo relativo a la rotación en las EIP. Si bien lo que se trataba de conseguir con la entrada en vigor del mismo era que las grandes compañías no tuvieran a una misma sociedad de auditoría verificando sus cuentas anuales durante largos periodos de tiempo para así evitar conflictos de independencia y asegurar que el ejercicio de la auditoría fuera un verdadero mecanismo de control, la norma comunitaria parece haber desvirtuado en parte este objetivo. La razón reside en que el periodo de rotación que establece la misma es superior al que por ejemplo tenemos en España, ya que establece un período máximo de 10 años prorrogables hasta incluso 24 años si se cumplen una serie

de condiciones⁴². En este punto resulta entonces criticable la redacción de esta norma ya que si las EIP se acogen a los límites máximos establecidos por el Reglamento 537/2014 es prácticamente como si no se hubiera introducido esta limitación temporal.

7. EL INFORME DE AUDITORÍA

7.1. Informe de auditoría de cuentas anuales

El informe de auditoría es aquel documento en el que se expresa la opinión de un profesional independiente (el auditor) sobre el contenido fiable de los estados financieros de una entidad⁴³. El objeto de la auditoría de cuentas reside en la emisión de este informe, por lo que se entiende que el auditor tiene respecto de la entidad que le contrata una obligación de resultado ya que se entiende que el tipo de contrato de auditoría lo es de arrendamiento de obra⁴⁴.

La obligatoriedad del mismo para las EIP viene establecida en los artículos 35 LSC y 10 del Reglamento 537/2014. Debe recoger qué sociedad auditora y qué socio responsable han estado al frente de la auditoría, una descripción de los riesgos y la respuesta del auditor a los mismos, declarar que no se han prestado servicios ajenos (detallando los servicios al margen de la auditoría que se hayan llevado a cabo), junto con, claro está la opinión del auditor sobre los estados financieros auditados. Todo ello bajo unos principios de claridad y simplicidad, exactitud, concisión y utilidad que deben presidir dicho informe.

Respecto de su estructura, el informe de auditoría debe con al menos, cuatro párrafos.

- Párrafo 1º de alcance: en el que se identifican los documentos que componen las cuentas anuales, las limitaciones que ha debido soportar el auditor, así como la normativa aplicable.
- Párrafo 2º en el que se realiza un análisis de los estados formulados.
- Párrafo 3º en el que el auditor expresa su opinión, que es el que se estudia con mayor detalle a continuación.

⁴² “La rotación obligatoria de las firmas auditoras de entidades de interés público en la reforma comunitaria” “cit.” p.6

⁴³ Puig, C., “Estructura de los informes de auditoría y consejos para interpretarlos”, *El Economista*, 9 de agosto de 2010 (disponible en <http://www.economista.es/legislacion/noticias/2367488/08/10/Estructura-de-los-informes-de-auditoria-y-consejos-para-interpretarlos-I.html>; última consulta 15/02/2018).

⁴⁴ *El auditor de cuentas* “cit.” p.52

- Párrafo 4º sobre el informe de gestión, en el que el auditor debe expresar si la información del informe de auditoría coincide con la de este último informe.

Estos cuatro párrafos son con los que debe contar todo informe de auditoría. Sin embargo, tal y como vemos en el Anexo 1, los auditores no entran en mayor profundidad a la hora de redactar los mismos. Cabe plantearse entonces en línea con lo que se discute en el apartado 7.3. relativo a la utilidad de este documento, hasta qué punto es útil esta información. Tal y como se inician los informes de auditoría estos están dirigidos a los accionistas. Sin embargo, un documento que debería proporcionar al socio de la entidad la información determinante para saber en qué situación financiera se encuentra la compañía de la cual forma parte, suele tratarse de un informe estandarizado, que cumple con los requisitos formales sin entrar en mayor profundidad.

7.1.1. Informes adicionales en EIP

Para el caso de estas entidades, la LAC recoge dos informes adicionales que deben presentarse: el informe adicional para la Comisión de Auditoría y el informe anual de transparencia (arts. 36 y 37 LAC).

Ya se ha estudiado la Comisión de Auditoría en apartados anteriores, así como sus funciones. Dentro de las mismas, encontrábamos la relación que debe tener dicha comisión con los encargados de realizar la auditoría externa. Este informe adicional es una prueba de ello. Su regulación viene recogida en el art. 36 LAC, así como en el art. 11 Reglamento 537/2014. Dicho informe debe explicar los resultados de la auditoría practicada y, entre otras menciones, deberá incluir: “una declaración de independencia, identificar a los socios principales que han participado en dicha auditoría, descripción de la auditoría llevada a cabo y fechas significativas, la metodología empleada, etc”. De mayor importancia en cuanto a lo que nos concierne de cara a esta investigación es la obligatoriedad del apartado relativo a la responsabilidad del auditor que debe incluir el informe de auditoría, tal y como se recoge en la NIA-ES 700.

Por su parte, el informe anual de transparencia al que obliga la LAC remite al art. 13 del Reglamento 537/2014 sobre el contenido del mismo. Lo que básicamente se pretende con este informe es la publicidad de los servicios prestados por parte de la sociedad de auditoría así como de los honorarios percibidos por dichas actividades. De este modo, se permiten controlar tanto la posible prestación de servicios prohibidos por parte de las

sociedades de auditoría como la posible práctica del *lowballing* a la que ya se ha hecho referencia.

7.2. Tipos de opiniones

Existen cuatro tipos de opiniones que se incluyen en un informe de auditoría: opinión favorable, con salvedades, desfavorable y opinión denegada.

La NIA-ES 700 enuncia como dos grandes tipos de opiniones la modificada y la no modificada. La segunda se refiere a la opinión favorable del auditor, que será la que acompañe en el informe de auditoría a los estados financieros cuando considere este profesional que las cuentas anuales auditadas responden al principio de imagen fiel. Se conoce por tanto con el nombre de opinión favorable u opinión sin salvedades.

El segundo tipo de opiniones por lo tanto son las opiniones, como dice la norma internacional, modificadas. El régimen de responsabilidad del auditor respecto de las mismas se encuentra en la NIA-ES 705⁴⁵.

De este modo, el artículo 2 de esta norma establece los tres tipos de opiniones modificadas que existen:

Esta NIA establece tres tipos de opinión modificada, denominadas: opinión con salvedades, opinión desfavorable (o adversa) y denegación (o abstención) de opinión. La decisión sobre el tipo de opinión modificada que resulta adecuado depende de:

(a) la naturaleza del hecho que origina la opinión modificada, es decir, si los estados financieros contienen incorrecciones materiales o, en el caso de la imposibilidad de obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada, si pueden contener incorrecciones materiales; y

(b) el juicio del auditor sobre la generalización de los efectos o posibles efectos del hecho en los estados financieros.

Vemos entonces cómo en función del hecho que motive que la opinión no puede ser favorable, la calificaremos de un modo u otro. A modo de resumen de los artículos 7 a 9 de esta NIA-ES, podemos concluir lo siguiente⁴⁶:

⁴⁵ NIA-ES 705 “Opinión modificada en el informe emitido por un auditor independiente” (Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013), apartado 2.

⁴⁶ NIA-ES 705 “cit.” apartados 7 y 9

Figura 2: Resumen opiniones informe de auditoría

HECHO	SIGNIFICATIVO NO GENERALIZADO	SIGNIFICATIVO GENERALIZADO
Existe una limitación al alcance por imposibilidad de obtener una evidencia suficiente y adecuada	Opinión con salvedades	Opinión denegada
Error o incumplimiento de las normas	Opinión con salvedades	Opinión desfavorable
Incertidumbre, con información en la memoria	Se expresa en el párrafo de énfasis	Opinión denegada
Incertidumbre, sin información en la memoria	Opinión con salvedades	Opinión denegada

Fuente: Elaboración propia⁴⁷.

A partir de la lectura del artículo mencionado, y en desarrollo de la tabla anterior podemos concluir en que el auditor emitirá una opinión con salvedades cuando detecte incorrecciones materiales, pero no generalizadas, que no le permitan obtener evidencia suficiente⁴⁸. Por su parte, la opinión será desfavorable cuando obtenga evidencia suficiente pero las incorrecciones materiales sean generalizadas⁴⁹. Por último, denegará su opinión cuando obtenga incorrecciones materiales generalizadas que no le permitan formarse una opinión por acumulación de incertidumbres en los estados financieros⁵⁰.

Tomando como base estas definiciones, nos remitimos de nuevo al caso Bankia. Tal y como se recoge en el Anexo I, ya mencionado, la opinión del informe de auditoría del año en que salió a Bolsa la entidad fue favorable⁵¹. Ahora bien, una vez analizados los distintos tipos de opiniones, se podría criticar (fuera de lo que ocurrió después en el caso y los delitos que fueron imputados a los responsables), que en aplicación de dicha definición, la sociedad auditora debería haber denegado su opinión. Tal y como se recoge en los informes periciales, las cuentas anuales de Bankia contaban con más de una decena de errores e incertidumbres contables⁵². Estudiada la definición de opinión denegada del

⁴⁷ Elaborada a partir de: Labatut, G., “Tipos de opinión en auditoría según las NIA-ES”, *blogcanalprofesional*, 17 de marzo de 2014, (disponible en <http://gregoriolabatut.blogcanalprofesional.es/tipos-de-opinion-en-auditoria-segun-las-nia-es/>; última consulta: 25/02/2018).

⁴⁸ NIA-ES 705, “cit.”, artículo 7.

⁴⁹ NIA-ES 705, “cit.”, artículo 8.

⁵⁰ NIA-ES 705, “cit.”, artículo 9.

⁵¹ Recuerdo, M. y Segovia, C., “Los peritos judiciales: “Las cuentas de Bankia de 2010 y 2011 eran falsas”, *El Mundo*, 8 de mayo de 2017 (disponible en <http://www.elmundo.es/economia/2017/05/08/5910a536e5fdea52688b45cd.html>; última consulta 23/02/2018).

⁵² “Deloitte ignoró una decena de errores en Bankia para avalar las cuentas” “cit.”

artículo 9 de la NIA-ES 705, esta suma de incertidumbres deberían haber hecho que el auditor no pudiera emitir su opinión y consecuentemente denegarla.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta del panorama en el que nos encontramos. Tal y como se ve en la siguiente tabla, la CNMV resume los distintos tipos de opiniones que se emiten en las sociedades auditadas anualmente. Esta evolución durante los últimos años ha sido la siguiente:

Figura 3: Estadística opiniones de auditoría en España 2014-2016

	Opinión favorable	Opinión con salvedades	Opinión denegada	Total
2014	329	11	0	340
2015	307	9	1	317
2016	302	7	0	309

Fuente: Elaboración propia obtenida a partir de datos de la CNMV⁵³.

Vemos entonces cómo año tras año el porcentaje de opiniones favorables es superior al 90% en nuestro país, que en el caso de las entidades financieras asciende al 100% en 2016.⁵⁴ Este dato es relevante por varios motivos. En primer lugar, reputacional, ya que las sociedades obligadas a auditarse suelen ser compañías grandes, conocidas, que salen en prensa. El hecho de tener una opinión con salvedades o denegada en su informe puede provocar una cierta pérdida de reputación de la misma. Por otro lado, debido a la importancia que tiene la auditoría para las sociedades que se someten a la misma, el hecho de que denieguen la opinión de una sociedad podrá provocar también una serie de efectos en los inversores, los cuales, en vista de la posterior supervisión de la entidad y la desconfianza que pueda surgir, podrán decidir abandonar esa inversión⁵⁵.

7.3. Utilidad del informe

En la teoría, el informe de auditoría se concibe como un documento cuya validez y fiabilidad lo otorga la confianza en la independencia de quien lo formula, como así quedó recogido en la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 17 de

⁵³ Elaborado a partir de: CNMV (2016). *Informe sobre la supervisión por la CNMV de los informes financieros anuales y principales áreas de revisión de las cuentas del ejercicio siguiente*, p. 57.

⁵⁴ *Informe sobre la supervisión por la CNMV de los informes financieros anuales y principales áreas de revisión de las cuentas del ejercicio siguiente*, “cit.” p. 59.

⁵⁵ Carcello, J. and Reid, L. (2014). “Investor Reaction to the Prospect of Mandatory Audit Firm Rotation”, *The Accounting Review*, pp. 65.

mayo⁵⁶. Para elaborar el mismo, los auditores parten de la información financiera proporcionada por los administradores para obtener como resultado después de su trabajo, este informe de auditoría, en que expresan su opinión respecto de dichos estados financieros, y esta emisión del informe es el objeto de la auditoría.

Ahora bien, este informe va dirigido tanto a la entidad auditada como a todos aquellos interesados en la marcha de la compañía: futuros inversores, accionistas, empleados... Por lo que el resultado de dicho informe juega un papel relevante.

Como se ha mencionado en el apartado relativo a la rotación obligatoria, uno de los grandes problemas a los que se debe enfrentar esta profesión, es la dependencia económica que en muchos casos existe entre las EIP y las sociedades de auditoría. Los consejos de administración de dichas entidades tienen el poder de ejercer influencia sobre la sociedad encargada de realizar su auditoría de modo que no solo es que se vea comprometida la independencia, sino que además, la información que llega al mercado puede en ocasiones ser errónea. El problema fundamental que ha surgido en determinados casos bastante sonados, ha sido el conocido como “maquillaje de cuentas”. Ciertamente es, que los auditores en teoría no deben de ser, aunque a veces lo sean, los que elaboran las cuentas anuales de las entidades auditadas, pero sí los que deben verificar que la información contable y financiera es real, a través del informe. Si no existe entonces la independencia exigida, ¿existe la posibilidad de que den los auditores por buenas unas cuentas anuales maquilladas?

Probablemente, el mejor modo de explicar realmente las repercusiones que pueden llegar a tener el que la opinión formulada en el informe no se corresponda con la realidad, sea a través del ejemplo práctico que venimos estudiando.

Deloitte fue la sociedad de auditoría encargada de llevar a cabo dicho trabajo tanto de Bankia como del Banco Financiero y de Ahorros (BFA) en 2010 y 2011. Este último fue la unión de algunas de las cajas de ahorros españolas, que se constituyeron como entidad de crédito conjunta antes de que saliera a luz el escándalo financiero⁵⁷.

⁵⁶ “El deber de independencia de los auditores según la nueva normativa” “cit.” p. 60

⁵⁷ De Barrón, I., “Así fue la caída del coloso”, *El País*, 13 de mayo de 2012 (disponible en https://elpais.com/economia/2012/05/12/actualidad/1336851336_318553.html; última consulta 12/04/2018).

En los que a nosotros respecta en relación a este apartado, el socio encargado de la auditoría tanto de 2010 en el caso de BFA, como de Bankia en 2011 fue el mismo. En el párrafo dedicado a la opinión del auditor, tanto en un caso como en el otro, este socio firmó en el informe de auditoría una opinión sin salvedades, esto es, firmó que los estados financieros de dichas entidades suponían un reflejo de la imagen fiel de la compañía.⁵⁸ Meses más tarde, y estando todavía el juicio abierto, se demostró como las cuentas anuales de dichas entidades no se correspondían con la realidad, detectándose hasta una docena de errores graves que habrían llevado hasta a una opinión denegada, tal y como se ha comentado en el apartado anterior.

8. RESPONSABILIDAD DE LOS AUDITORES

Como se ha hecho ya mención en varias ocasiones, ha sido la existencia de escándalos financieros una de las causas que ha motivado que surja la necesidad de regular un régimen especial para las EIP en cuanto a la auditoría. Una vez expuesto el marco general de los auditores, cabe preguntarse entonces si existe una relación causal entre el trabajo realizado por los mismos y los escándalos financieros que se han sucedido, y una vez analizado todo ello, si está de algún modo regulada la responsabilidad en que pueden incurrir o no.

En los siguientes apartados se estudiará cómo el profesional de la auditoría de cuentas, por el desarrollo de su trabajo podrá incurrir en un doble tipo de responsabilidad. Por un lado, respecto de la sociedad auditada y el contrato subyacente en la relación con la misma, una responsabilidad contractual. Por otro, respecto de los posibles daños y perjuicios que puedan surgir con relación a terceros interesados (inversores, accionistas, trabajadores...), una responsabilidad extracontractual⁵⁹. Así viene previsto en el art. 26 LAC, en el que se obliga a los auditores de cuentas a responder de forma proporcional y directa por los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento de sus obligaciones (y remitiéndose a las reglas generales del CC), tanto a la entidad auditada como a un tercero.

Cabe señalar en relación con este aspecto, que si bien ahora vemos cómo la responsabilidad del auditor está limitada (es exigible de forma proporcional al daño

⁵⁸ En el Anexo 1 se encuentra el informe citado. En el capítulo 10 del trabajo se realiza un estudio más detallado sobre este caso.

⁵⁹ Bascos, J., "La responsabilidad civil de los auditores", *Auditoría Pública*, n. 52, 2010, p. 58.

causado), esto sin embargo no ocurría con la antigua Ley de Auditoría de Cuentas de 2010, por la que, en virtud de su art. 12, el auditor respondía con todo su patrimonio (1.911 CC)⁶⁰. La legislación española entonces, no se acogió a la Recomendación de la Comisión Europea sobre la limitación de la responsabilidad civil de los auditores legales y las sociedades de auditoría, de 5 de julio de 2008, hasta 2015, cuando se redactó la modificación de la LAC.

El fundamento de exigir responsabilidad al auditor por sus actuaciones, cuando sea el caso, reside en que la opinión que los auditores dan respecto de los estados financieros de una compañía y la imagen fiel de los mismos, es la causa de la confianza que el mercado otorga a dicha opinión y que llevará por lo tanto a los inversores a invertir o no en una entidad determinada, a los accionistas a vender sus acciones... De ahí que, tal y como estableció el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de octubre de 2008, si un auditor incumple sus deberes legales y contractuales respecto del informe, los intereses de los terceros interesados y de la sociedad auditada, que teóricamente están protegidos por la LAC y otras normas contables, resultarán perjudicados, lo que lleva a imputar responsabilidad a los responsables de la auditoría^{61 62}.

Sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el art. 26 LAC, el 27 LAC prevé que las sociedades de auditoría presten una garantía financiera para poder hacer frente a ese resarcimiento de daños y perjuicios que en su caso deban atender, cuyo importe viene recogido en el art. 55 RAC.

8.1. La responsabilidad contractual

Podemos entender este tipo de responsabilidad recogida en el art. 1.101 CC como aquella que deriva del incumplimiento de las obligaciones nacidas de una obligación contractual. De este modo, y aplicando este concepto a nuestro caso en concreto, el auditor incurrirá en responsabilidad contractual cuando incumpla o cumpla defectuosamente las obligaciones derivadas del contrato con la sociedad auditada. Este contrato al que está

⁶⁰ Sarazá, R., “La responsabilidad civil del auditor de cuentas en la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo”, *El Derecho*, 6 de octubre de 2010 (disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/responsabilidad-Sala-Primera-Tribunal-Supremo_11_184555005.html; última consulta 20/02/2018).

⁶¹ Báscones, J., “La responsabilidad civil de los auditores”, *Auditoría Pública*, n. 52, 2010, p. 59.

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 14 de octubre 869/2008 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw RJ 2008/6913).

sometido una sociedad de auditoría se puede entender como un contrato de obra, en el que la obligación es de resultado, la emisión del informe de auditoría.

Son múltiples los casos en que nos encontramos con un incumplimiento contractual en el ámbito de la auditoría. Estos incumplimientos son los que han originado a día de hoy muchos de los escándalos financieros. La existencia de responsabilidad contractual del auditor viene perfectamente explicada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2012⁶³.

De este modo, en el Fundamento de Derecho Segundo encontramos:

Mediaba entre Grupo Torras, SA y Coopers & Lybrand, SA un vínculo obligatorio que había nacido del contrato de auditoría que ambas celebraron en su día. De ahí que, declarado por el Tribunal de apelación que la auditora cumplió deficientemente la prestación que, con causa en el contrato, debía a la primera, con daño para ella, entendamos que la responsabilidad es de naturaleza contractual.

Por su parte, el Fundamento de Derecho Noveno recoge:

Los deudores que contravienen el tenor de sus obligaciones contractuales incurren en responsabilidad en tanto que no prueben la imposibilidad de cumplirlas por causa a ellos no imputable.

Vemos entonces a través de la lectura de estos fragmentos de la sentencia cómo describe el Tribunal Supremo el hecho de que los auditores puedan incurrir en responsabilidad contractual. Como síntesis del caso se trata de un supuesto en el que la sociedad auditada da por correctos unos beneficios sociales de la auditada de más de dos mil millones de pesetas, cuando los auditores sabían en realidad que dichas cuentas habían sido maquilladas por los administradores y que la sociedad estaba en pérdidas.

Esta información falsa llevó a que los socios no pudieran tomar medidas para evitar la suspensión de pagos ni para cesar a los administradores, siendo la inmediata consecuencia la quiebra de la entidad a los dos años.

Paralelamente, interviene el ICAC en el asunto para demostrar el incumplimiento de las normas contables, así como del código de conducta de la propia auditora. Este mismo órgano es el que establece que la causa determinante de la crisis de la auditada se debe a

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 octubre 558/2012 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw RJ 2012/9711).

unas prácticas contables poco ortodoxas. Es este incumplimiento de las normas contables, y consecuentemente de las obligaciones contractuales, el que determina que la sociedad auditora deba responder por daños y perjuicios ocasionados a los socios de la entidad auditada, esto es, por responsabilidad contractual.

8.2. La responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual en general viene recogida en el art. 1902 CC en el que se establece “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. De este modo, encontramos los siguientes elementos:

- Acción u omisión
- Relación de causalidad
- Existencia de daño
- Que exista culpa o negligencia

Si no se dan alguno de los requisitos, no estaremos ante la presencia de responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios. Ahora bien, llevándonos esto al terreno de la auditoría, ¿dónde está regulada este tipo de responsabilidad? ¿Qué consecuencias tiene? ¿Está limitada en algún sentido?

Ya hemos analizado cómo la propia LAC remite al CC para determinar este tipo de responsabilidad. También hemos visto cómo el CC establece como requisito para que el auditor incurra en responsabilidad que exista culpa o negligencia. Pues bien, si atendemos al concepto de negligencia que da el CC en su art. 1.104, la misma se define como la “omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y responda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”⁶⁴. Cuando un auditor incurre entonces en esta culpa o negligencia (que en el ámbito profesional se denomina impericia), el elemento de la omisión también se cumple y deberá causar esta falta de diligencia un daño que determine la responsabilidad.

El CC establece como estándar medio de diligencia la propia del buen padre de familia. No debemos olvidar que esta norma es residual, y que por tanto, en caso de haber un estándar específico para algún tipo de profesión en concreto deberemos atender a esas normas especiales. En este caso, por tanto, y tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal

⁶⁴ “La responsabilidad civil de los auditores”, “cit.” p. 59

Supremo de 14 de octubre 869/2008, la diligencia que se exige a los auditores de cuentas es cualificada en tanto en cuanto estará incurriendo en ella el auditor que no se acoja a la normativa reguladora de esta profesión⁶⁵. Esta misma sentencia recoge la razón de castigar la infracción por parte de los auditores de la *lex artis* y es especialmente la que se ha comentado a lo largo del trabajo: que el no atender por parte de los mismos a los estándares que se les exige, incumpliendo así los deberes esenciales de la profesión podrá llevar a que terceros vean perjudicados sus intereses como consecuencia de un informe no veraz, ya que estos actuaron tomando en consideración el informe de auditoría.

En este sentido, han sido múltiples las demandas interpuestas por particulares en relación a la compra de acciones en Bankia. Siete meses más tarde a la compra se iniciaba el rescate del banco que resultó en una pérdida de la valoración. Los recursos interpuestos para la recuperación de dicha inversión siguen siendo reconocidos en favor de los inversores por considerar los Tribunales a Bankia como responsable extracontractual frente a sus inversores.⁶⁶

Ahora bien, cabe destacar como especialmente relevante la doctrina de Pantaleón, quien considera que el auditor debe responder en calidad de tercero exclusivamente:

“a quiénes sabiéndolo el auditor al tiempo de contratar el trabajo de auditoría, o teniendo que haberlo ya deducido entonces de las negociaciones previas o del sentido y finalidad del contrato, el informe estaba destinado a ser comunicado, al objeto de influir en él para que realizase una operación del tipo de la que le ha causado el daño cuyo resarcimiento reclaman”

⁶⁷

Lo que este autor viene a defender es que en tanto en cuanto se amplíe ese concepto de tercero que pueda reclamar contra el auditor por justificar que sus intereses se han visto perjudicados, ello podría llevar a una cierta injusticia ya que del mismo modo que se le exige al auditor que prepare y presente la información de un modo público frente a un grupo de personas determinado, en la medida en que dicho círculo se va abriendo sin

⁶⁵ Velasco, G., *El auditor de cuentas*, Aranzadi, 2015, p. 71

⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) de 9 de noviembre 557/2017 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw JUR 2017/290857).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) de 22 de enero 18/2018 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw JUR 2018/37951).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) de 17 de octubre 501/2017 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw JUR 2018/54565).

⁶⁷ Otero, M., “Algunas notas entorno a la responsabilidad civil de los auditores frente a terceros ajenos al contrato de auditoría”, *Dereito*, vol. 16, n. 1, 2007, p. 341.

establecer límite alguno se va viendo cada vez más comprometida la libertad de empresa de auditoría de cuentas.

Respecto de estos terceros antes quienes el auditor incurre en responsabilidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2009, recuerda la importancia del elemento de relación de causalidad para determinar la existencia de responsabilidad. De este modo, tal y como señala la Sala, el auditor será responsable frente a los terceros perjudicados siempre y cuando tales perjuicios traigan causa de un comportamiento que no sea ajeno al del auditor. De este modo, la mencionada resolución recoge lo siguiente:

Los auditores, obligados a llevar a cabo su trabajo con la diligencia debida, son responsables de los perjuicios financieros que hayan causado por negligencia. Y, hay que añadir, no sólo frente a quienes a ellos estén vinculados por la relación contractual en cuyo funcionamiento se produjo el deficiente cumplimiento de la prestación, sino también frente a los terceros que se relacionen con la sociedad auditada⁶⁸.

Es decir, no siempre que exista un perjuicio patrimonial para los terceros y que la contabilidad no sea correcta significa que el auditor deba ser responsable, es necesario que su comportamiento haya llevado a la producción del daño⁶⁹.

9. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y COMPARACIÓN CON EL RÉGIMEN DE LOS AUDITORES

La responsabilidad de los administradores tiene un capítulo específico dedicado en la LSC. Capítulo V del Título VI: “La responsabilidad de los administradores”. De este modo, en el artículo 236.1 LSC se recoge lo siguiente:

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.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª) de 5 de marzo 115/2009 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw RJ 2009/1631).

⁶⁹ Alfaro, J., “Dos sentencias del Tribunal Supremo sobre responsabilidad de auditores”, *Almacén de Derecho*, 2 de diciembre de 2008 (disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2008/12/dos-sentencias-del-tribunal-supremo.html>; última consulta: 09/04/2018).

Del mismo modo que ocurría en el caso de los auditores, en el presente artículo se recogen los cuatro elementos esenciales para que exista responsabilidad: (i) acción u omisión, (ii) existencia de daño, (iii) relación de causalidad y (iv) culpa o negligencia.

Ahora bien, en lo que respecta al tipo de responsabilidad cabe preguntarse si la misma tiene origen contractual o extracontractual. Para poder concluir acerca de dicha cuestión debemos analizar por qué hechos deben responder los administradores. Para ello es necesario recordar los deberes de dicho cargo, las obligaciones que tienen por el hecho de ejercer esa figura. De este modo, Paz Ares hace una breve clasificación de los deberes esenciales de los administradores: deber de cuidado (la diligencia del “ordenado empresario”) que es el que exige a los administradores la eficacia en la gestión que suponga una creación de valor para la compañía, y el deber de lealtad, que requiere la prioridad de los intereses de los propietarios de la compañía frente a los suyos propios.⁷⁰ Podríamos añadir a los mismos, el deber de evitar los conflictos de interés, previsto en el art. 229 LSC.

Siguiendo al mismo autor, el problema que existe a la hora de determinar la responsabilidad de los administradores por incumplir su deber de diligencia es que, en contraposición con lo que ocurría con los auditores de cuentas, en este caso no existe una *lex artis* determinada, que comprenda las reglas generales de conducta de estos profesionales. Esto hace que se puedan llegar a confundir los malos resultados económicos de una compañía con la falta de diligencia de sus administradores y que puedan llevar a estos a responder por el mero mal funcionamiento de la empresa⁷¹.

Una vez analizado brevemente el régimen de responsabilidad de los administradores, hemos de tener en cuenta que son varios los artículos que encontramos a lo largo de la LSC y la LAC respecto del régimen de responsabilidad de administradores y auditores que guardan similitud. Son dos aspectos formales los que vamos a analizar y otro sustantivo: (i) legitimación, (ii) prescripción, (iii) relación con empresas del grupo.

En primer lugar, respecto de la legitimación activa, esto es, quien tiene derecho a reclamar una acción de responsabilidad contra auditores o administradores, ésta viene recogida en el art. 271 LSC, artículo que establece que serán los mismos legitimados⁷².

⁷⁰ Paz Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Indret, Working paper*, n. 162, 2003, p.5

⁷¹ “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, “cit.” p.8

⁷² “La responsabilidad civil de los auditores”, “cit.” p. 63

Por otro lado, respecto de la prescripción, el plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores viene recogido en el art. 241bis LSC que lo fija en cuatro años. Por su parte, tal y como hemos visto, en el caso de los auditores, la responsabilidad en que incurran será contractual o extracontractual, en función de quién resulte el perjudicado y qué deber haya incumplido. Para el caso de la responsabilidad extracontractual, el régimen es el mismo que el general para las obligaciones extracontractuales, por lo que el plazo es de un año. Ahora bien, respecto de la contractual el art. 22.4 LAC establece el mismo plazo que para la acción de responsabilidad contra los administradores, 4 años⁷³.

Por otro lado, resulta interesante analizar el art. 4.2 LAC. En virtud del mismo, el auditor responde de todas las cuentas del grupo aunque no haya auditado a todas las consolidadas⁷⁴. Cabría preguntarse en este punto si sucede lo mismo con los administradores de las sociedades de capital. La LSC dedica un capítulo entero a la responsabilidad de los administradores (arts. 236-241bis LSC). De la lectura de estos artículos no se puede deducir que el administrador de una sociedad haya de responder por las actuaciones de otra de las del grupo. Se podría entender como que en el caso de la auditoría, al ser el auditor el encargado de verificar la información contable, en el caso de encontrarse ante un grupo de empresas, las operaciones intragrupo son bastante comunes. De ahí que si da por buenas las cuentas de una compañía indirectamente está verificando también esas operaciones intragrupo que tienen reflejo en la otra compañía del grupo.

Sin embargo, respecto de los administradores esto no ocurre, ya que estos son los encargados de la gestión de la entidad y responderán por la falta de diligencia, deslealtad o conflictos de interés que hayan podido generar en la compañía que gestionan. Ahora bien, no es que el resto de sociedades del grupo no guarden ninguna relación con los administradores, ya que, a través de las mismas el administrador podrá incurrir en conflictos de interés.

Estos son sólo algunos de los aspectos en que se diferencian las responsabilidades de los auditores de cuentas y los administradores. En el siguiente capítulo se estudia la relación entre ambos regímenes de responsabilidad.

⁷³ *El auditor de cuentas*, “cit.” p. 75

⁷⁴ “La responsabilidad civil de los auditores” “cit.” p. 63

10. RELACIÓN ENTRE AMBAS RESPONSABILIDADES Y APLICACIÓN PRÁCTICA

10.1. Relación entre ambas responsabilidades

En este apartado, a través del estudio posterior del caso Bankia que hemos venido comentando, se plantean una serie de preguntas sobre quién debería ser el verdadero responsable. Antes de comenzar cabe preguntarse lo siguiente: partiendo de la base que unas cuentas anuales están “maquilladas”, esto es, que no responden a la imagen fiel de una compañía, ¿es responsable quién las firma (administrador) o quién verifica que el contenido de las mismas es verdad (auditor)?

Ejemplo de ello tenemos el caso de Sacyr, en 2014. Las cuentas anuales de esta compañía señalaban que en el ejercicio anterior habían logrado unos ingresos de 700 millones de euros, y de dicho modo estaban las cuentas anuales aprobadas por sus administradores y con el correspondiente informe favorable de KPMG. Meses más tarde, cuando la constructora trataba de cerrar las negociaciones relativas al canal de Panamá, salen a la luz los números reales donde se demuestra que dicho proyecto acumulaba unas pérdidas de 320 millones de euros. El presidente de la compañía, Manuel Manrique, decidió culpabilizar de la contabilidad a su auditora, por dar por válidas dichas cifras. Ahora bien, si volvemos a la pregunta anteriormente formulada, ¿quién debería ser considerado responsable? ⁷⁵

Existen varias posibilidades a la hora de determinar la responsabilidad:

- Responsabilidad del administrador: en tanto en cuanto no ha cumplido con sus deberes de diligencia y/o lealtad, ya que puede haber llevado a cabo conductas desleales respecto de la compañía que le beneficien a él para obtener resultados positivos, pero estén siendo perjudiciales tanto para terceros como para los socios ya que, posteriormente cuando los datos salgan a la luz, resultarán perjudicados. Por otro lado, si el administrador ha actuado con dolo y no ha proporcionado la información veraz al auditor, ¿cómo puede llegar a ser responsable el auditor si ni quiera tiene la posibilidad de obtener información fiable?

⁷⁵ Labatut, G., “¿Qué responsabilidad tienen los auditores de cuentas y los administradores de las compañías? El presidente de Sacyr culpa a los auditores del contenido de las Cuentas Anuales”. *Blogcanalprofesional*, 14 de enero 2014, (disponible en <http://gregoriolabatut.blogcanalprofesional.es/que-responsabilidad-tienen-los-audidores-de-cuentas-y-los-administradores-de-las-companias-el-presidente-de-sacyr-culpa-a-los-audidores-del-contenido-de-las-cuentas-anuales/>; última consulta: 25/02/2018).

En relación con este aspecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio 444/2016 recoge un supuesto exactamente igual al que planteaba la pregunta anterior. El administrador de una sociedad aprueba unas cuentas anuales y entrega a los auditores los informes y documentos necesarios para la verificación de las cuentas anuales. Sin que los auditores tuvieran ningún acceso a los registros verdaderos, califican como favorable su opinión en relación a los estados financieros. El TS en este caso, defendió que la obligación de los auditores, que tal y como hemos visto anteriormente es de resultado (en tanto en cuanto deben emitir un informe de auditoría), en este caso lo que se había vulnerado era su obligación de medios, ya que deberían haber puesto todos los medios necesarios para poder acceder a dicha información y no lo hicieron.⁷⁶ Vemos entonces cómo puede ser el administrador el responsable de la falsedad de las cuentas anuales en estos casos de dolo pero asimismo será el auditor responsable por no haber puesto los medios necesarios para evitarlo, aunque no sea responsable del daño en sí mismo causado⁷⁷.

- Responsabilidad del auditor: si entendemos la auditoría como un mecanismo de control respecto de las actuaciones de los administradores, vemos en la figura de los auditores de cuenta la confianza depositada por los terceros y socios, ya que, la emisión del informe de auditoría permite a los accionistas y terceros confiar en la veracidad de las cuentas anuales, especialmente en los casos en que la auditoría es obligatoria. Se puede entender como que los socios han delegado en un tercero ajeno para determinar si los administradores han actuado diligentemente⁷⁸.
- Responsabilidad concurrente: Alfaro comparte la opinión de Pantaleón en relación a este aspecto. Se apoyan ambos autores en el Derecho comparado, en el que por regla general no se puede defender la concurrencia de la culpa del auditor con la del administrador y que en caso de admitirse sería con la función de reducir

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 1 de julio 444/2016 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw RJ 2016/2912).

⁷⁷ Alfaro, J., “Responsabilidad contractual del auditor”, *Almacén de Derecho*, 20 de julio de 2016 (disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2016/07/responsabilidad-contractual-del-auditor.html>; última consulta: 26/03/2018). Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio 444/2016

⁷⁸ Alfaro, J., “¿Debe responder el auditor frente a la sociedad auditada?”, *Almacén de Derecho*, 28 de mayo de 2016 (disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2016/05/debe-responder-el-auditor-frente-la.html>; última consulta: 26/03/2018)

la indemnización que deba satisfacer el auditor a la sociedad, en proporción a la participación en la generación del daño⁷⁹.

10.2. Caso Bankia-Deloitte

Una vez estudiado el caso, en este último apartado se analizan los siguientes aspectos: (i) la posible responsabilidad del socio auditor, (ii) la consecuente responsabilidad o no de Deloitte como sociedad auditora, (iii) en qué tipo de responsabilidad incurren y (iv) la existencia de conflictos de interés en el caso.

Para comenzar a analizar la responsabilidad, teniendo en cuenta que se trata de una entidad que sale a bolsa, debemos hacer referencia al artículo 27 de la Ley del Mercado de Valores:

El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.

De la lectura de este artículo se entiende que los suscriptores de las acciones depositan su confianza en el emisor de las mismas en lo relativo a la información financiera. Ahora bien, lo que cabe aquí plantearse es que, en lo que respecta a la verificación contable de las acciones de Bankia, si el único responsable sobre la información falsa suministrada era la propia entidad o cabría imputar responsabilidad asimismo a los auditores.

Así pues, teniendo en cuenta que estamos hablando de falsedad de información y fraude, nos encontramos en el plano penal. Para comenzar a analizar la cuestión entonces, resulta relevante resaltar los siguientes artículos del Código Penal español⁸⁰:

Artículo 290: falseamiento de las cuentas anuales

Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres

⁷⁹ ¿Debe responder el auditor frente a la sociedad auditada?, “cit.”

⁸⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.

Artículo 282 bis: fraude de inversores

Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años (...)

Vemos pues cómo está tipificado como delito el falseamiento de las cuentas anuales por parte de los administradores de las compañías. Estos dos fueron los delitos que se le imputaron a Bankia, sin embargo, ninguna referencia se hace en el citado código a los auditores como responsables penales por dicho falseamiento. Sin embargo, el juez Andreu, encargado de este procedimiento, consideró a la auditora autora también del segundo de los delitos, al haber participado en el falseamiento de las cuentas anuales⁸¹.

El 11 de mayo de 2017 el juez Andreu después de imputar al socio encargado de la verificación de los estados financieros de Bankia, decidió sobreseer la causa y el archivo del procedimiento para la sociedad al argumentar la sociedad auditora que el socio actuaba con independencia. Para ello, el argumento se apoyó en los artículos 11.2 de la Ley de Sociedades profesionales y el art. 109 CP no considerando que fuera de aplicación el art. 31bis CP relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, el último de los pronunciamientos relativos a este caso (Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal de 15 de septiembre núm. 351/2017) ha resuelto una serie de cuestiones interesantes relativas a la responsabilidad de Deloitte:

- En primer lugar, en cuanto a la posibilidad de que la auditora responda por las actuaciones de sus socios, el auto en cuestión en su fundamento jurídico 3º recoge lo siguiente:

⁸¹ Con la reforma de 2015 del Código Penal español se introdujo en su artículo 31bis la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es decir, socio y sociedad constituyen la misma unidad jurídica, de modo que la firma cuenta con un Control de Calidad Interno y un Manual de Cumplimiento Normativo que comprende Políticas generales para todas las líneas de servicio, y se alega que existen Políticas de nivel 2 para la línea de auditoría, Planteamiento teórico que por el momento no puede dar lugar a aplicar la exención de responsabilidad prevista en el art. 31 bis 2 del Código Penal, al desconocerse el grado de cumplimiento de esas políticas en el supuesto, (...)

Con esta justificación, la Audiencia Nacional revocaba el sobreseimiento en relación con Deloitte, considerando pues que la sociedad auditora debía responder por las actuaciones de sus socios.

- La siguiente cuestión que se estudia en el mismo auto es relativa a la cuestionabilidad de la independencia en este caso en uno de los votos particulares ya que la sociedad auditora había proporcionado en ejercicios anteriores servicios de asesoría a la misma entidad, había colaborado en la elaboración de la contabilidad, etc.

De la lectura de este auto se entiende entonces que el procedimiento penal sigue abierto tanto para el socio encargado de la auditoría como para Deloitte. Resuelta la cuestión en el ámbito de lo penal cabe analizar ahora la responsabilidad civil tanto de administradores como de los auditores, tanto de Bankia como de Deloitte en este caso.

La mayor parte de los consejeros de Bankia han respondido con penas de prisión por este caso, en base a los arts. 290 y 282 bis CP. A la responsabilidad penal le viene seguida la responsabilidad civil, por lo que la Fiscalía Anticorrupción solicita para los más altos consejeros una sanción pecuniaria de 60.000 euros cada uno, en tanto incumplimiento de sus deberes como administradores (y consecuente comisión de un delito).

En lo relativo a Deloitte, la multa de 12 millones que solicita la Fiscalía Anticorrupción como responsable civil, en base al estudio que ya se ha realizado sobre los diferentes tipos de responsabilidad, entendemos que se refiere a responsabilidad extracontractual, aquella en que incurre respecto de terceros perjudicados.

Este caso refleja perfectamente las distintas cuestiones que se han ido comentando a lo largo del trabajo tales como: (i) la independencia y el sistema de rotación en la auditoría (que se demostró en este caso la falta de la misma por haber sido prestados con

anterioridad servicios ajenos a la auditoría por la misma sociedad y en concreto por el mismo socio)⁸² o (ii) la responsabilidad de auditores y administradores.

11. CONCLUSIONES

Una vez analizado el caso de la salida a Bolsa de Bankia, así como expuestas las razones que llevan a la nueva regulación europea respecto de las EIP y sus auditorías; unidas a los motivos subyacentes que determinan la existencia de una rotación obligatoria, entre otros aspectos, se puede detectar una pérdida de confianza en los informes emitidos por los auditores en los últimos tiempos. Lo que en un inicio se entendía como un sistema de control a los administradores de las compañías, en la actualidad esa legitimidad con la que gozaban los auditores se ha perdido.

Se podría hacer un símil de entre esta pérdida de confianza en el trabajo de los auditores por verificar cuentas anuales que no responden a la imagen fiel con las actuaciones de los bancos de inversión previas a la crisis económica de la última década que llevó a multitud de particulares a llevar a cabo inversiones que finalmente estaban sobrevaloradas. Son ejemplos actuales en los que los particulares depositan su confianza e inversión en productos (ya sean acciones como el caso de Bankia o hipotecas en el caso de las *subprime*) en base a informes emitidos de entidades que gozan de legitimidad y finalmente la realidad no respalda a dicha información.

Si realmente el principio de independencia fuera real, si no se prestaran servicios auxiliares ajenos a la auditoría y si la relación entre auditor y compañía auditada fuera estrictamente de auditor-cliente en la que primara la objetividad, nos ahorraríamos estos problemas de escándalos financieros como los que se han expuesto. Ciertamente es que los administradores de las compañías, al ser ellos los que formulan las cuentas anuales podrán seguir maquillando dichas cuentas, pero las mismas si son bien estudiadas por los auditores, no serán avaladas por ellos. Claro que, la emisión de un informe con salvedades o una opinión denegada supondrá probablemente el cese de la relación auditor-cliente, cosa que también podría solucionarse de algún modo.

⁸² De hecho, Deloitte fue el auditor externo de Caja Madrid antes de su fusión con el resto de las cajas de ahorros y la creación de Bankia, y el socio firmante en los dos últimos ejercicios de 2009 y 2010 de Caja Madrid fue el mismo que el firmante de las cuentas anuales de Bankia en 2011. Ahora bien, desde 2013, una vez salen los delitos a la luz, se produce un cambio en los auditores externos, siendo Ernst&Young la sociedad encargada de la auditoría de Bankia en la actualidad.

Todo ello se resume en lo conocido como conflictos de interés. Al final, el organismo que elige al auditor de la compañía es el Consejo de Administración (a pesar de que se hayan creado las comisiones de auditoría, los componentes de las mismas no dejan de ser consejeros). Si un auditor quiere mantener como cliente a una entidad de interés público tratará de que la misma no resulte perjudicada por sus informes. Aquí es donde en muchos casos es cuestionable la independencia, ya que, puede que existan errores en la contabilidad de las empresas que no sean detectados por los auditores, en cuyo caso, si actúan con diligencia y los estándares medios recogidos bajo la *lex artis*, no habrá problema alguno. Ahora bien, no siempre esos errores no son imposibles de reconocer, sino que no quieren ser detectados por los auditores por miedo a perder parte de sus beneficios procedentes de clientes de gran nivel.

No se puede perder de vista, sin embargo, que los auditores tienen una doble responsabilidad. Por un lado, frente a su cliente, en nuestro caso la EIP auditada en cuestión. Pero por otro, las actuaciones de los auditores pueden tener repercusiones en terceros interesados. Así, el accionista juega un papel absolutamente esencial como *stakeholder* de la compañía. El hecho de que un informe emitido por una gran firma de auditoría sea favorable hace que determinadas personas decidan invertir en la misma. Si pasado un tiempo se descubre que la información financiera auditada no se corresponde con la realidad y conlleva una pérdida de su inversión, este inversor podrá reclamar por la vía extracontractual frente al auditor. Es cierto que no es quien ha elaborado supuestamente las cuentas anuales de la compañía pero sí una fuente de legitimidad que ha hecho que gracias a su informe favorable, haya decidido invertir en esa entidad y no en otro.

Ya se ha comentado durante el trabajo que el mercado de la auditoría está concentrado en las *big four*. Pues bien, se podrían plantear determinadas alternativas para evitar esta concentración en este sector. No debemos perder de vista que el objeto de la auditoría es que un experto independiente verifique que las cuentas anuales de una compañía han sido correctamente formuladas y se ajustan a los principios contables. El hecho de que esa auditoría la lleve a cabo una entidad u otra debería ser indiferente, siempre y cuando estuvieran autorizados para ello. La concentración de esta profesión en torno a cuatro compañías se debe a la reputación que buscan las entidades por ser auditadas por ellas. El hecho de que el sello de auditoría provenga de Deloitte o PwC es percibido como una indicación de que la empresa auditada maneja importantes cantidades de dinero.

Este hecho supone que pequeñas auditoras jueguen un papel absolutamente secundario en el sistema, pudiendo perjudicar a la competencia. Si se estableciera una cuota máxima de mercado, del mismo modo que se cierra un límite al número de años que se puede ejercer la auditoría en una misma compañía, al establecer una cuota máxima, en cuanto un cliente grande se fuera de una compañía, debería buscar a otra *big four* para que le hiciera la auditoría. Si todas han llegado ya al límite de la cuota de mercado, deberán dejar a un cliente que ya tienen para poder conseguir a este nuevo. Se rotarían de este modo también los clientes entre unas y otras.

Como conclusión se puede apreciar que, a pesar de la introducción en el ordenamiento de nuevas alternativas para controlar la actuación de los profesionales de la auditoría, a día de hoy la figura de los auditores no cuenta con la misma confianza con la que tenían hace dos décadas debido a los sucesivos escándalos en los que se han visto implicados.

ANEXO I

Extracto del informe de auditoría de Bankia 2011

Deloitte.

Deloitte, S.L.
Plaza Pablo Ruiz Picasso, 1
Torre Picasso
28020 Madrid
España
Tel.: +34 915 14 50 00
Fax: +34 915 14 51 80
www.deloitte.es

INFORME DE AUDITORÍA DE CUENTAS ANUALES

Al Accionista Único de Bankia Banca Privada, S.A.U.:

1. Hemos auditado las cuentas anuales de Bankia Banca Privada, S.A.U. (la "Sociedad"), que comprenden el balance al 31 de diciembre de 2011, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria, correspondientes al ejercicio anual terminado en dicha fecha. Los Administradores son responsables de la formulación de las cuentas anuales de la Sociedad, de acuerdo con el marco normativo de información financiera aplicable a la Sociedad (que se identifica en la Nota 1 de la memoria adjunta) y, en particular, con los principios y criterios contables contenidos en el mismo. Nuestra responsabilidad es expresar una opinión sobre las citadas cuentas anuales en su conjunto, basada en el trabajo realizado de acuerdo con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas vigente en España, que requiere el examen, mediante la realización de pruebas selectivas, de la evidencia justificativa de las cuentas anuales y la evaluación de si su presentación, los principios y criterios contables utilizados y las estimaciones realizadas, están de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulta de aplicación.
2. En nuestra opinión, las cuentas anuales del ejercicio 2011 adjuntas expresan, en todos los aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de Bankia Banca Privada, S.A.U. al 31 de diciembre de 2011, así como de los resultados de sus operaciones y de sus flujos de efectivo correspondientes al ejercicio anual terminado en dicha fecha, de conformidad con el marco normativo de información financiera que resulta de aplicación y, en particular, con los principios y criterios contables contenidos en el mismo.
3. Sin que afecte a nuestra opinión de auditoría, llamamos la atención respecto de lo indicado por los Administradores en la Nota 1 de la memoria adjunta, en la que se pone de manifiesto que, como consecuencia de los distintos procesos de segregación y reorganización societaria llevados a cabo en el ejercicio 2011 y de los acuerdos suscritos a los que se hace mención en dicha Nota, al 31 de diciembre de 2011, Bankia Banca Privada, S.A.U. está integrada en los Grupos Banco Financiero y de Ahorros y Bankia, realizando la totalidad de sus actividades en el marco de la estrategia global definida por las direcciones de dichos grupos con los que realiza un volumen significativo de transacciones y con los que mantiene saldos relevantes al 31 de diciembre de 2011 (véanse Notas 15 y 33).

BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación

Código Civil

Código de Comercio

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE 21 de julio de 2015).

Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio (última modificación: BOE 17 de diciembre de 2016).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE 3 de julio de 2010).

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (BOE 24 de octubre de 2015).

Unión Europea. Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 17 de mayo relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L157, 9 de junio de 2006, pp. 87-107.

Unión Europea. Reglamento (UE) 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE de la Comisión. Diario Oficial de la Unión Europea L 158, 27 de mayo de 2014, pp. 77-112.

2. Jurisprudencia:

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª) de 15 de septiembre 351/2017 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw JUR 2017/246099).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 16 de mayo 2002 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw RJ 2002/9188).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 14 de octubre 869/2008 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw RJ 2008/6913).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª) de 5 de marzo 115/2009 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw RJ 2009/1631).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 octubre 558/2012 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw RJ 2012/9711).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 1 de julio 444/2016 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw RJ 2016/2912).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) de 17 de octubre 501/2017 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw JUR 2018/54565).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) de 9 de noviembre 557/2017 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw JUR 2017/290857).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) de 22 de enero 18/2018 (disponible en la base de datos Aranzadi WestLaw JUR 2018/37951).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Torrent de 6 de julio 159/2015 (disponible en <http://www.bufeterosales.es/wp-content/uploads/2015/07/Sentencia-completa.pdf>; última consulta 16/04/2018).

3. Consultas y otros informes

Bankia. (2016). *Informe del Comité de Auditoría y cumplimiento* <https://www.bankia.com/recursos/doc/corporativo/20170220/junta-general-2017/10-el-informe-del-comite-de-auditoria-y-cumplimiento-del-ejercicio-2016.pdf>

CNMV. (2016). *Informe sobre la supervisión por la CNMV de los informes financieros anuales y principales áreas de revisión de las cuentas del ejercicio siguiente.* https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/IA_2016_Web.pdf

Consulta núm. 1 BOICAC, núm. 7 (disponible en: <http://www.icac.meh.es/seccion.aspx?hid=71>).

Consulta núm. 2 BOICAC, núm. 89 (disponible en: <http://www.icac.meh.es/Consultas/Boicac/ficha.aspx?hid=434>).

Consulta núm. 5, Consejo General de Economistas (disponible en <http://www.economistas.es:8080/cfrea/FICHEROS/Consultas%20Frecuentes-5.pdf>)

Guía Técnica 3/2017, de 27 de junio, sobre Comisiones de Auditoría de Entidades de Interés Público (disponible en <https://www.cnmv.es/portal/Legislacion/Guias-Tecnicas.aspx>).

International Federation of Accountants, 1982, guía 11 (disponible en http://ual.dyndns.org/Biblioteca/Auditoria_I/Pdf/Unidad_05.pdf).

NIA-ES 240 “Responsabilidad del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude” (Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013).

NIA-ES 700 “Formación de la opinión y emisión del informe de auditoría sobre los Estados Financieros” (Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013).

NIA-ES 705 “Opinión modificada en el informe emitido por un auditor independiente” (Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013).

Recomendación de la Comisión Europea sobre la limitación de la responsabilidad civil de los auditores legales y las sociedades de auditoría, de 5 de julio de 2008. Bruselas 2274.

Resolución Dirección General de Registros y Notariado de 19.5.2000, nº 61; mayo 2000; p. 1310.

4. Obras doctrinales

Alfaro, J., “¿Debe responder el auditor frente a la sociedad auditada?”, *Almacén de Derecho*, 28 de mayo de 2016 (disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2016/05/debe-responder-el-auditor-frente-la.html>; última consulta 26/03/2018).

Alfaro, J., “Dos sentencias del Tribunal Supremo sobre responsabilidad de auditores”, *Almacén de Derecho*, 2 de diciembre de 2008 (disponible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2008/12/dos-sentencias-del-tribunal-supremo.html>; última consulta: 09/04/2018).

Alfaro, J., “Responsabilidad contractual del auditor”, *Almacén de Derecho*, 20 de julio de 2016 (disponible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2016/07/responsabilidad-contractual-del-auditor.html>; última consulta 26/03/2018).

Alfaro, J., “Revocación del auditor y carga de la prueba de la concurrencia de justa causa”, *Almacén de Derecho*, 10 de enero de 2017 (disponible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2017/01/revocacion-del-auditor-y-carga-de-la.html>; última consulta 16/04/2018).

Báscones, J.M., “La responsabilidad civil de los auditores”, *Auditoría Pública*, n. 52, 2010, pp. 57-70.

Carcello, J. and Reid, L. (2014). “Investor Reaction to the Prospect of Mandatory Audit Firm Rotation”, *The Accounting Review*, pp. 52-89.

Casterella, J. and Johnston, D., “Can the Academic Literature Contribute to the Debate Over Mandatory Audit Firm Rotation?”, *Research in Accounting Regulation*, vol. 25, n. 1, 2013.

Deis, D.R. and Giroux, G., “The effect of auditor change on audit fees, audit hours and audit quality”, *Journal of Accounting and Public Policy*, vol. 15, 1996, pp. 55-76.

De Barrón, I., “Así fue la caída del coloso”, *El País*, 13 de mayo de 2012 (disponible en https://elpais.com/economia/2012/05/12/actualidad/1336851336_318553.html; última consulta 12/04/2018).

García, M., “Los escándalos financieros y la auditoría: pérdida y recuperación de la confianza en una profesión en crisis”, *Revista valenciana de economía y hacienda*, n.7, 2003, pp. 26-48.

Gómez-Aguilar, N. et al, “Mandatory Audit Firm Rotation in Spain: a policy that was never applied”, *IE Working Paper*, 2006.

Hernando, I., “Las Sociedades Profesionales de Auditoría en la doctrina de la DGRN”, *Revista de Derecho UNED*, n. 6, 2010.

Jackson, A. et al., “Mandatory Audit Firm Rotation and Audit Quality”, *Managerial Auditing Journal*, vol. 23, n. 5, 2008.

Johnson, V., et al. “Audit-firm tenure and the quality of financial reports, *Contemporary Accounting Research*, vol. 19, n. 4, 2002, pp. 637-660.

Kaplan, R., “The Mother of All Conflicts: Auditors and Their Clients”, *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*, n. 4, 2013.

Labatut, G., “¿Qué responsabilidad tienen los auditores de cuentas y los administradores de las compañías? El presidente de Sacyr culpa a los auditores del contenido de las Cuentas Anuales”. *Blogcanalprofesional*, 14 de enero de 2014, (disponible en <http://gregoriolabatut.blogcanalprofesional.es/que-responsabilidad-tienen-los-auditores-de-cuentas-y-los-administradores-de-las-companias-el-presidente-de-sacyr-culpa-a-los-auditores-del-contenido-de-las-cuentas-anuales/>; última consulta 25/02/2018).

Labatut, G., “Tipos de opinión en auditoría según las NIA-ES”, *blogcanalprofesional*, 17 de marzo de 2014 (disponible en <http://gregoriolabatut.blogcanalprofesional.es/tipos-de-opinion-en-auditoria-segun-las-nia-es/>; última consulta 25/02/2018).

López-Jorrín, A. y Martín de Vidales, M., “Concreción del concepto de “entidad de interés público” a efectos de la Ley de Auditoría de Cuentas”, *Revista Garrigues*, 6 de octubre de 2015 (disponible en http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/concrecion-del-concepto-de-entidad-de-interes-publico-efectos-de-la-ley-de-auditoria-de; última consulta 07/02/2018)

Marina, Á., *La auditoría de cuentas anuales*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

Mazuelas, J., “Auditoría: independencia y causas de incompatibilidad”, *LAZ WRUBE, Bufete Jurídico Empresarial*, 1 de noviembre de 2013 (disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/contable/auditoria-ley_de_auditoria_de_cuentas-auditores_de_cuentas-sociedades_de_auditoria_11_604930003.html; última consulta 14/02/2018).

Morral, R., “La revocación del auditor de cuentas por justa causa: el supuesto de prestación simultánea de servicios de auditoría de cuentas y de asesoría jurídica”, *Anuario de Justicia Alternativa*, 2001, pp. 183-227.

Otero, M., “Algunas notas entorno a la responsabilidad civil de los auditores frente a terceros ajenos al contrato de auditoría”, *Dereito*, vol. 16, n. 1, 2007, pp. 333-351.

Pantaleón, F., “La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción”, *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1996, pp. 28 y ss

Paz-Ares, C., *La ley, el mercado y la independencia del auditor*, Madrid, 1996.

Paz Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Indret, Working paper*, n. 162, 2003.

Puig, C., “Estructura de los informes de auditoría y consejos para interpretarlos”, *El Economista*, 9 de agosto de 2010 (disponible en <http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/2367488/08/10/Estructura-de-los-informes-de-auditoria-y-consejos-para-interpretarlos-I.html>; última consulta 15/02/2018).

Recuerdo, M. y Segovia, C., “Los peritos judiciales: “Las cuentas de Bankia de 2010 y 2011 eran falsas”, *El Mundo*, 8 de mayo de 2017 (disponible en <http://www.elmundo.es/economia/2017/05/08/5910a536e5fdea52688b45cd.html>; última consulta 23/02/2018).

Romera, J., “Deloitte ignoró una decena de errores en Bankia para avalar las cuentas”, *El Economista*, 5 de diciembre de 2014 (disponible en <http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/6302517/12/14/Deloitte-ignora-una-decena-de-errores-en-Bankia-para-aval-ar-las-cuentas.html>; última consulta 09/04/2018).

Rubio, E., “El deber de independencia de los auditores según la nueva normativa”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 18, n. 52, 2016, pp. 59-101.

Sanz, P., “La rotación obligatoria de las firmas auditoras de entidades de interés público en la reforma comunitaria”, Universidad Pontificia Comillas. *El Derecho y sus razones*, Universidad de León, 2014, pp. 271-280.

Sanz, P., “Las Big Four y la auditoría de Entidades de Interés Público en la UE: la necesidad de una regulación eficiente de la rotación obligatoria”, Universidad Pontificia Comillas. *Derecho, filosofía y sociedad: Una perspectiva multidisciplinar*, Universidad de Vigo, 2016, pp. 119-137.

Sarazá, R., “La responsabilidad civil del auditor de cuentas en la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo”, *El Derecho*, 6 de octubre de 2010 (disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/responsabilidad-Sala-Primera-Tribunal-Supremo_11_184555005.html; última consulta 20/02/2018).

Velasco, G., *El auditor de cuentas*, Aranzadi, 2015.

Vilaboa, C., “Contratación, rotación y designación de auditores de cuentas o sociedades de auditoría”, *Auren*, 17 de julio de 2017 (disponible en <https://www.auren.com/es-ES/blog/auditoria/2017-07-17/contratacion-rotacion-y-designacion-de-auditores-de-cuentas-o-sociedades-de-auditoria>; última consulta 15/03/2018).

Woods, M. et al, “Crunch Time for Bank Audits? Questions of Practice and the Scope for Dialogue”, *Managerial Auditing Journal*, vol. 24, n. 2, 2009.