

# Nuevos Perfiles de la Responsabilidad de las Sociedades Auditoras<sup>(1)</sup>

**GUIDO ALPA**

Profesor de Derecho Privado de la Università di Roma "La Sapienza".

## SUMARIO:

- I. El marco normativo.
- II. El régimen ordinario de responsabilidad. Responsabilidad Contractual y Extracontractual.
- III. El régimen especial de responsabilidad.
- IV. Casos emblemáticos de responsabilidad.
- V. La ley de "reforma del ahorro".
- VI. Las perspectivas de la disciplina comunitaria.
- VII. Para una racional asignación de los recursos.

<sup>1)</sup> Traducido por Carlos Rivera Tuesta. Agradecemos al Profesor Juan Espinoza Espinoza por habernos facilitado el presente artículo.

## I. EL MARCO NORMATIVO

Las sociedades auditoras fueron objeto, en la experiencia italiana, de repetidas intervenciones normativas. En el siglo pasado, alrededor de los años cuarenta, en época contemporánea al Código Civil (1942), la actividad de este particular tipo de sociedad fue regulada junto con la disciplina de las sociedades fiduciarias (Ley del 23 de noviembre de 1939, No. 1966). En los años setenta, el legislador se concentró en la responsabilidad de este tipo de sociedad (d.p.r del 31 de marzo de 1975, No. 136, artículo 1, incisos 4 y 12). En los años noventa, cuando el legislador se orientó a introducir reglas sistemáticas para regular el mercado financiero, las sociedades auditoras fueron objeto de regulación junto con las sociedades de intermediación financiera (Ley del 2 de enero de 1991, No. 1). A finales del siglo pasado, en el texto único de la intermediación financiera, (Decreto Legislativo del 24 de febrero de 1998, No. 58) se ha previsto una regla de responsabilidad contenida en el artículo 164, que ha modificado ligeramente la disciplina anterior. Además, en el texto de la reforma de las sociedades y de la *corporate governance* (Decreto Legislativo del 17 de enero de 2003, No. 6), se ha previsto una regla ahora incorporada en el artículo 2409 *sexies* del Código Civil italiano, referida a la responsabilidad de los sujetos encargados de la revisión de la auditoría contable. El artículo 164 citado y el artículo 2409 *sexies* del Código Civil, reenvían al artículo 2407 del Código Civil italiano concerniente a la responsabilidad de los síndicos, el órgano previsto para el control interno de las sociedades por acciones que han elegido conservar o constituirse según el modelo tradicional, en el cual el control de la sociedad está encargado a la asamblea de socios y al consejo de administración (o al administrador único) junto con el presidente de la sociedad.

Para reconstruir la disciplina actual de las sociedades auditoras, es preciso coordinar estas reglas especiales entre sí, y al marco resultante agregar la disciplina del derecho común para los aspectos que la disciplina especial no prevé regulación.

## II. EL RÉGIMEN ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Para comprender el significado de la "especialidad" de las reglas y, por lo tanto, los contenidos y los objetivos del régimen particular al cual están sujetas las sociedades auditoras –de las cuales aquí se omite ilustrar las modalidades de constitución, administración, autorización, limitando por lo tanto la investigación solo a los aspectos de su responsabilidad–, es oportuno hacer una síntesis de los principios del derecho común aplicables a la materia.

En el derecho común es preciso distinguir la responsabilidad contractual de la responsabilidad extracontractual, aunque hoy la doctrina tienda a acercar los dos sectores, no solo porque estos presentan muchos elementos comunes y áreas superpuestas (denominadas *tortices*), sino porque también hay situaciones en las cuales la distinción no es simple.

La primera se presenta cuando la sociedad auditora ha concluido un contrato de prestación de servicios con la sociedad comitente, dándose así lugar a la auditoría voluntaria. Hay, sin embargo, casos en los cuales el contrato, también fuente de común acuerdo, deriva de una obligación legal; la obligación que prevé la auditoría (obligatoria) a la cual deben someterse las sociedades que cotizan en bolsa. También en este caso, descendiendo de un contrato, la responsabilidad tiene naturaleza contractual, aunque no falta en la doctrina quien considera que, teniendo origen en la ley los deberes impuestos a las sociedades auditoras, la responsabilidad por su violación, con el consecuente daño que se pueda derivar, tendría naturaleza extracontractual.

La segunda se presenta cuando no hay ninguna relación entre la sociedad auditora y el sujeto dañado por su actividad y, por lo tanto, el daño resentido recae en el ámbito del ilícito aquiliano.

En el primer caso se discute si a la sociedad auditora, en cuanto dedicada a la prestación

de servicios de naturaleza profesional, le sea aplicable la disciplina de la responsabilidad del profesional (artículos 2229-2238 del Código Civil italiano) o las reglas ordinarias. La responsabilidad del profesional prevé que el *standard* de diligencia con el cual se mide la calidad de la prestación, el compromiso desempeñado y el esfuerzo solicitado al deudor para la realización del interés del acreedor, sea superior al ordinario, es el *standard del diligens pater familias*, sea entonces de grado superior (artículo 1176, inciso 2 del Código Civil). Sin embargo, en el caso de resolución de problemas técnicos de particular dificultad, el profesional responde por los daños solo por dolo o culpa grave (artículo 2236 del Código Civil italiano).

El profesional no debe garantizar un "resultado", por lo tanto, su obligación es una de "medios", según la distinción de las obligaciones que, en vía general, fue rechazada por la doctrina y la jurisprudencia, pero que es conservada en algunos casos particulares: para el contratista, de quien se dice que debe garantizar un resultado, y para el profesional intelectual, de quien se dice que debe solo actuar con un grado de diligencia superior, pero que no debe garantizar un resultado. Los dañados están de todas formas tutelados, porque pudiendo contar con las reglas de la responsabilidad contractual, son liberados de la carga de la prueba: solo deben probar el daño, el nexo causal y el incumplimiento de la sociedad auditora, dentro de los parámetros de la culpa.

La reciente orientación de la jurisprudencia es en el sentido de que las sociedades auditoras sean asimiladas a los profesionales y, por lo tanto, no deben garantizar un resultado. Sin embargo, asoma la tesis que las sociedades auditoras prestan un "servicio", y por ello no sean aplicables los privilegios asegurados al régimen de los profesionales, y hasta sea posible arribar a una responsabilidad sin culpa. Se excluye, además, que las sociedades auditoras puedan afrontar en la ejecución de sus prestaciones problemas de particular dificultad.

En el segundo caso se discute –probada la negligencia de la sociedad auditora– si el daño

sufrido por el actor está relacionado causalmente a la actividad de la sociedad auditora. Aunque también se discute si la sociedad deba responder solo por el ilícito doloso o gravemente culposo o en todo tipo de casos. No se ha discutido a profundidad si sea posible, oportuno y necesario, atribuir a la sociedad una responsabilidad de tipo objetivo.

En cuanto a la prescripción de la acción resarcitoria, la primera dura diez años, la segunda es de cinco años.

El daño sufrido es diverso según los sujetos considerados: (i) la sociedad que ha otorgado el encargo y que ha sufrido daños, según el caso, por tener un balance no conforme con los requisitos establecidos por la ley y por los principios contables, o bien por haber recibido una asesoría errónea, incompleta o insuficiente; (ii) los socios, por mantener participación en una sociedad que está en las condiciones arriba señaladas; (iii) los terceros –inversionistas, financiadores, proveedores, etc.– por haber confiado en la prestación de la sociedad auditora. De aquí la común opinión que, en este último caso, el daño consiste en la *lesión de la libertad contractual*, por que los dañados habrían realizado inversiones, financiamientos, suministros con otros sujetos, o bien en condiciones diversas.

Se podría también pensar en la *lesión al patrimonio*: la participación en una sociedad que tiene un balance no exactamente auditado, o en servicios financieros que provengan de un emisor al cual la sociedad auditora haya asegurado la corrección del balance, tenga ciertamente un valor inferior respecto de aquel considerado al momento de la inversión.

### III. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD

¿Cómo coordinar la disciplina del derecho común con aquella del derecho especial y cómo coordinar entre ellas las reglas de derecho especial? Siguiendo los principios dictados por la disciplina de la interpretación de la ley, las reglas de derecho especial prevalecen sobre aquellas de derecho común y no son susceptibles de

interpretación extensiva o analógica; aplicándose el principio de la sucesión de las leyes en el tiempo, la regla posterior prevalece sobre la regla anterior.

En nuestro caso, el problema, sin embargo, no se resuelve tan simplemente en cuanto los ámbitos de aplicación de las reglas en examen no son del todo coincidentes entre ellas: (i) el artículo 2409 *sexies* se ocupa, en efecto, de la responsabilidad de los "sujetos encargados del control contable", que no solo son las sociedades de auditoría, sino también los auditores personas físicas; además, el artículo citado se refiere a la actividad de las sociedades auditoras desarrolladas a favor de sociedades por acciones; (ii) el artículo 164 se refiere, en cambio, a la actividad de las sociedades auditoras que operan en el mercado financiero; (iii) el artículo 2407—al cual ambas disposiciones aluden— se refiere a la actividad de los síndicos de las sociedades por acciones, a la cual es equiparada la actividad de auditar; (iv) las tres reglas, por otra parte, no definen ni la naturaleza ni la amplitud de la responsabilidad impuesta a las sociedades auditoras, por lo tanto, es necesario remitirnos a la disciplina del derecho común, así como a las orientaciones interpretativas de la doctrina y de la jurisprudencia; (v) además, las reglas especiales implican dos importantes derogaciones al derecho común: el artículo 164 y el artículo 2409 *sexies* establecen, con fórmulas similares, la responsabilidad solidaria de las sociedades auditoras con "los responsables de la auditoría y los dependientes" (artículo 164), o bien con "los sujetos que han efectuado el control contable"; (vi) ambas normas delimitan las categorías de los sujetos frente a los cuales las sociedades son responsables, pero las categorías no coinciden perfectamente porque el artículo 164 menciona, entre los legitimados a solicitar el daño, a la sociedad que confirió el encargo y a los terceros, mientras el artículo 2409 *sexies* agrega a estas categorías la de los socios de la sociedad sujeta a auditoría; (vii) la causa de la responsabilidad es señalada en la primera disposición como derivada del incumplimiento y hechos ilícitos y, en la segunda, por incumplimiento de los deberes impuestos a la sociedad; (viii) por último, el artículo 2409 *sexies* dispone que la acción de responsabilidad

prescribe en el término de cinco años desde el cese del mandato.

Debemos ahora preguntarnos: si la sociedad responde frente a los socios solo cuando haya desarrollado la actividad a favor de una sociedad por acciones, a los efectos del artículo 2409 *sexies*, o sea responsable en las mismas condiciones, también cuando actúe para sociedades de diverso tipo como las sociedades de responsabilidad limitada o las cooperativas; si los socios pueden ser comprendidos en el ámbito de "los terceros" (como debería ser, en cuanto el encargo es entre las sociedades); si se debe considerar al artículo 2409 *sexies* como regla general de la actividad de las sociedades auditoras, tal como para dejar sin efecto a todas las reglas precedentes.

A todo esto se suma, siempre para las sociedades de acciones sujetas a auditoría, lo dispuesto por el artículo 2407 del Código Civil italiano que, siendo citado, se aplica también a las sociedades auditoras. El citado artículo dispone, entre otros aspectos, que "los síndicos deben cumplir sus deberes con el profesionalismo y la diligencia solicitadas por la naturaleza de su cargo; son responsables de la verdad de sus declaraciones y deben conservar el secreto sobre los hechos y documentos de los cuales tengan conocimiento por razones de su oficio. Estos son responsables solidariamente con los administradores por los hechos y las omisiones de aquellos, cuando el daño no se hubiera producido si ellos hubiesen cumplido satisfactoriamente las obligaciones a su cargo".

Se suma, por lo tanto, un ulterior perfil de responsabilidad, la solidaridad con los administradores, por los hechos o las omisiones de estos.

#### IV. CASOS EMBLEMÁTICOS

Los casos que se encuentran en la jurisprudencia no son muy numerosos: no se sabe si el contencioso haya concluido antes de iniciarse la causa, o en el curso de la pendencia del conflicto, o bien porque las revistas no los han reportado, o porque la actividad de las sociedades auditoras no den lugar a un contencioso frecuente.

Entre los más recientes, se puede recordar un caso resuelto por el Tribunal de Torino<sup>1</sup>, que ha afirmado la responsabilidad de la sociedad auditora –que había efectuado la auditoría de una sociedad fiduciaria– frente a los terceros y los fiduciarios, porque se había limitado a señalar en el libro de auditoría y en el informe de certificación el hecho censurable de operaciones de oferta al ahorro público ocurridas, sea antes del envío y de la publicación del prospecto informativo, sea sucesivamente a su vencimiento, pero omitiendo comprobar en concreto, incluso mediante una verificación de muestreo, las operaciones de cesión de crédito efectuadas por la sociedad, omitiendo, además, la comunicación a la autoridad de vigilancia y denunciar la mala gestión de los administradores.

Algunas veces la responsabilidad está relacionada con la actividad contractual desarrollada por la sociedad sometida a auditoría: por ejemplo, cuando la sociedad auditora, no obstante haya tenido conocimiento de un pago realizado por la sociedad sujeta a auditoría a favor de otra sociedad, sobre la base de un contrato nulo, certifique la regularidad del balance relativo al ejercicio en el cual el pago es realizado sin seguir alguna comprobación sobre el origen de este, sobre su legitimidad y no se atrevió a informar al colegio sindical.<sup>2</sup>

En otro caso, en un principio resuelto por los jueces milaneses<sup>3</sup> y posteriormente por la Corte de Casación<sup>4</sup>, se trataba de una errada certificación del estado patrimonial efectuado por una sociedad de auditoría, sobre la base de un encargo específico conferido por la sociedad cuyas cuotas se encontraban en curso de venta; el daño derivado había afectado a los adquirentes

de las cuotas societarias, quienes, si hubiesen conocido el exacto valor de las cuotas, se habrían podido apartar del contrato preliminar de compraventa.

Un caso reciente ha permitido a los jueces<sup>5</sup> afirmar que la prestación de la sociedad auditora implica una obligación de medios y no de resultados y que, por lo tanto, la sociedad acreedora de la prestación debe probar la falta de diligencia en el desarrollo del encargo, además del nexo causal entre el daño lamentado y el incumplimiento atribuido.

Aún está abierto el caso Parmalat, en el cual se encuentran implicadas dos sociedades auditoras que habían incumplido de forma sucesiva sus deberes a favor de la sociedad. La iniciativa de tutela judicial fue promovida por una asociación de consumidores a favor de los afectados por la crisis Parmalat. La demanda de resarcimiento de los daños fue dirigida contra Deloitte & Touche e Italaudit s.p.a. en liquidación (ex Grant & Thornton) por cuenta de 2607 ahorristas que, confiando en la certificación de las auditoras según lo sostenido por ellas, fueron inducidos a la compra de los títulos de Parmalat. A decir de ellos, si las sociedades de auditoría hubiesen desarrollado su actividad correctamente y sin omisiones, los títulos no habrían sido nunca admitidos en el mercado bursátil ni hubiera sido dada una valoración positiva por parte de los analistas financieros. La causa por el momento solo incluye a los obligados. El resarcimiento solicitado por los accionistas supera, en conjunto, los 38 millones de euros.

Los casos más resaltantes que han golpeado el mercado financiero italiano, y arruinado a miles

1 Tribunal de Torino, 18 de setiembre de 1993, Soc. Ist. Fiduciaria c. Soc. Kpmg, en *Giur. It.*, 1994, I, 2, con nota de Santaroni.

2 Tribunal Roma, 26 de abril de 1999, Soc. Alumia c. Soc. Reconta, in *Socferó*, 1999, 1232 con nota de Salafia.

3 Ap. Milano, 7 de julio de 1998, Soc. Cassala c. Soc. Arthur Andersen en *Giur. Comm.*, 2000, I, 425 con nota de Conte.

4 Cas. 18 de julio de 2002, No. 10403 en *Dir. proc. soc.*, 2002, 2263 con nota de Boccia.

5 Ap. Roma, 19 de enero de 2006, Soc. Lloyd Adriatico c. Soc. Deloitte, en *Giur. It.*, 2006, No. 12, 2331 con nota de Balzola.

de ahorristas, han inducido al Parlamento a introducir una nueva disciplina, poco a poco actualizada y mejorada, de las sociedades cuyas acciones son cotizadas en bolsa, de los controles y de la responsabilidad de la autoridad de vigilancia.

## V. LA LEY DE "REFORMA DEL AHORRO"

Las "disposiciones para la tutela del ahorro y la disciplina de los mercados financieros", contenidas en la Ley del 28 de diciembre de 2005, No. 262, constituyen el resultado de un proceso de creación normativa que –propuesto inicialmente para coordinar el texto único sobre la intermediación financiera, el texto único bancario y la reforma de la disciplina societaria– ha asumido, poco a poco, mayores tareas y suscitado más expectativas por parte de los ahorristas a causa de los escándalos financieros que se suscitaron en Italia. El legislador ha satisfecho en parte y también en parte ha dejado de lado las tareas que emergían del proyecto, amplio y articulado, predispuesto a su tiempo, y no se preocupó de coordinar la nueva disciplina con otras normas que entraron en vigencia algunos meses antes de su aprobación: en particular dos "códigos de sector", como el Código de Consumo (Decreto Legislativo del 6 de Setiembre de 2005, No. 206) y el Código de Seguros Privados (Decreto Legislativo del 7 de Setiembre de 2005, No. 209). Dicho sea de paso, tampoco entre estos códigos existe coordinación. Ciertamente, se comparten los principios generales de la nueva ley y sus objetivos, y es también cierto que la ley señala un decisivo cambio no solo en las modalidades de regulación del sector financiero italiano, sino también en la misma cultura jurídica-financiera de nuestro país, pero los comentarios que, poco a poco, se han realizado sobre el texto, han puesto en evidencia dificultades, lagunas,

oscuridades interpretativas, que implicarían una intervención correctiva del legislador a fin de no dejar sin solución algunas cuestiones de fundamental interés para la tutela de los ahorristas.

De cualquier forma, los controles en el gobierno societario, la transparencia de las relaciones societarias, las relaciones entre banco y empresa, los conflictos de intereses de los bancos en la prestación de servicios de inversión, la circulación de los productos financieros, las reglas de comportamiento, la solución extrajudicial de las controversias y la institución del fondo de garantía, constituyen un conjunto de medidas sólidas que deberían ya mejorar notablemente la situación de los inversionistas.

Un capítulo específico, solo marginalmente mencionado por la disciplina, está dado por las relaciones contractuales que los inversionistas no profesionales celebren con los intermediarios. A este propósito, la nueva disciplina se muestra más bien lacónica, quedando, por lo tanto, la materia entera confiada a la normativa del Código Civil italiano, a la legislación especial y reglamentaria previgente, y a las oscilantes orientaciones de la jurisprudencia.

Pero es natural que un legislador, siempre decidido a limitar la autonomía privada, traduciendo en normas –también orientadas a la protección del contratante débil– las figuras contractuales que eran clasificadas en "tipos sociales" (como la cesión de los créditos de empresa, el suministro<sup>17</sup>, el *franchising*, entre otros), haya perdido la ocasión de dar luces sobre el conjunto de las obligaciones legislativas de los intermediarios en relación con los ahorristas y, sobretudo, sobre los remedios accionables en caso de violación de tales obligaciones.

17 Se está traduciendo el contrato de subfornitura como de "suministro", sin embargo, éste tiene una característica especial. La subfornitura es aquella relación contractual caracterizada por la ejecución de una "comanda" (una orden) de trabajo o de producción encargada por una empresa comitente a otra empresa llamada proveedora (subfornitrice) o con quien se terceriza. El comitente determina las características técnicas, es decir, el contenido de la orden y asume los riesgos de mercado y de colocación de los productos finales; el proveedor (subfornitore) se encarga de la realización material del producto o del servicio. Por ejemplo, una empresa que produce muebles y los vende a los consumidores (comitente) encargó a otra empresa proveedora (subfornitrice) elaborar algunas partes de estos (toros, estructuras, cierras, etc.).

Viendo las expectativas insatisfechas, se pueden distinguir las materias afrontadas por la nueva disciplina (las cuales, a título meramente ejemplificativo, son los conflictos de interés, las reglas de comportamiento, la solución extrajudicial de las controversias) de aquellas que la nueva disciplina ha ignorado, como los remedios en caso de violación de las obligaciones legislativas impuestas al intermediario en la conclusión de contratos con los ahorristas.

## 1. Los conflictos de interés

En materia de conflictos de interés, las objeciones se deben a una dualidad de razones: por un lado, el reenvío de su detallada disciplina a las leyes delegadas y a las regulaciones de las autoridades independientes competentes en la materia; del otro, la laguna en la previsión de los remedios reservados al inversionista en caso de violación de la normativa. En todo caso, ha permanecido inalterada la dicción del artículo 21, inciso 1 letra c) sobre la obligación de "reducir al mínimo" los conflictos de interés y sobre la obligación de asegurar la transparencia y el equo trato a los clientes, que había dado lugar a críticas por su ambigüedad y, por tanto, por su incierta interpretación.

## 2. Las reglas de comportamiento

En materia de reglas de comportamiento se pueden formular idénticas observaciones con el agravante que también en este caso ha permanecido inalterada la redacción del principio, en base al cual los sujetos habilitados deben comportarse con diligencia, corrección y transparencia en interés de los clientes y por la integridad de los mercados, previsto en el artículo 21, inciso 1, letra a), desde el momento que las reglas señaladas no hacen más que elevar a norma primaria una disciplina ya dictada en vía reglamentaria. El problema vuelve (y de

esto se dará cuenta dentro de poco) a propósito de las consecuencias de la violación de las obligaciones de los contratos concluidos con los inversionistas.

Sobre la solución extrajudicial de las controversias, el discurso debería ser más amplio: el artículo 128 bis, agregado al texto único bancario, obliga a los bancos e intermediarios financieros a "adherirse" a sistemas de solución extrajudicial de las controversias con los consumidores.

El texto no da la definición de consumidor.

Es ciertamente apreciable el hecho que, más allá del crédito al consumo, por primera vez aparece este término en el ámbito de una disciplina como la bancaria y financiera, en la cual la contraparte del operador profesional ha sido siempre denominada como *cliente*. Sin embargo, la definición de consumidor es asaz controvertida, no solo por las múltiples formulaciones legislativas contenidas, además del Código de Consumo, en las normas que no han sido incluidas en el Código, sino también por su definición emergente en una amplia y variada jurisprudencia que va más allá de las posiciones asumidas por la Corte de Justicia y por la Corte Constitucional.<sup>6</sup>

Se debe, pues, observar que los procedimientos son confiados a una evaluación del *Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio* (CICR) a propuesta de la *Banca d'Italia*. Se impone la imparcialidad del órgano que decide, cuya composición está encomendada al mismo CICR, y la representatividad de los sujetos interesados. Los fines perseguidos son la rapidez, la economía en la solución y la efectividad de la tutela. Pero también para no debilitar la oportunidad de someter a una decisión administrativa la institución de tales organismos, que inciden sobre intereses (disponibles por

6 Corte de Justicia de la Comunidad Europea, 22.11.2001, en los procesos reunidos C-541/99 y C-342/99; Corte Const. 30.6.1999 No. 262 (ord.); 22.11.2002, No. 469, ambas Cortes han optado por una noción restrictiva referida solo a la "persona física"; la Corte de Casación Francesa (Civ. Tère N° 02-13285) con sentencia del 15.3.2005, ha considerado que la noción de consumidor debe ser sustituida por la de "non professionnel"; por último ver Hondius, *The Notion of Consumer: European Union versus Member Status*, en Sydney L. Rev. 2006, Vol. 28, 89 y siguientes.

parte de los contrayentes) que se elevan a la calidad de derechos subjetivos, nada se dice en referencia a las modalidades procesales, al principio del contradictorio, a la naturaleza de la decisión (que debería ser considerada en vía de equidad, más que por la vía de derecho), a la inclusión de las modalidades de resolución en cláusulas contractuales aceptadas por el cliente, a la competencia del órgano que resuelve y sobre todo de la naturaleza del ADR (*Alternative Dispute Resolution*), que podría ser meramente conciliatoria, o bien mediadora o arbitral.

### 3. La responsabilidad de las Autoridades de Vigilancia

A estas exigencias frustradas hay que agregar la referida a la responsabilidad de las Autoridades de Vigilancia. No está dicho que cada supuesto deba ser normado de forma detallada y que no pueda haber amplio espacio para la aplicación de los principios generales (en nuestro caso, el artículo 2043 del Código Civil italiano). Pero la enorme elaboración doctrinal y una cierta continuidad en la solución de rarísimos casos jurisprudenciales, no han resuelto el problema fundamental que se refiere a la responsabilidad civil, además de la responsabilidad administrativa, penal y política, de las autoridades administrativas, independientes en el ejercicio de sus funciones. El tema ha tomado interés con la ampliación del área de la responsabilidad civil, a consecuencia de los pronunciamientos de la Corte de Casación sobre la responsabilidad por los daños derivados de la lesión a intereses legítimos. Más no es tan simple de resolver, desde el momento que argumentos a favor y argumentos contrarios a la afirmación de la responsabilidad, se igualan sobre el plano del fundamento jurídico y sobre el plano del análisis económico del derecho. La experiencia de otros ordenamientos jurídicos parece deponer a favor de una inmunidad de las autoridades,

como ha sucedido en el Reino Unido en el caso *Three Rivers*.<sup>7</sup>

Recientemente el Tribunal de Roma, con sentencia del 26 de julio de 2004, ha optado por la responsabilidad de la *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (Consob) por defecto de vigilancia.<sup>8</sup> Pero creo que sobre el punto es necesaria una reflexión ulterior, desde el momento que una atenta valoración de la óptima distribución de los recursos, podría ser favorable para la suficiencia de las sanciones administrativas y penales, en vez de hacer asumir a la Autoridad un daño que satisfaga a los inversionistas, no tutelados de la insolvencia del emisor, pero perjudicando la institución y la economía en general.

Volviendo a las lagunas más vistosas en materia contractual, vale la pena reconstruir de forma resumida y simplificada, las orientaciones de la jurisprudencia inherentes a la violación de las obligaciones informativas previstas a cargos de los bancos y de los intermediarios financieros, en caso de inversión por parte del cliente.

La casuística es abundante y es necesario, por lo tanto, distinguir los casos según (i) la disciplina aplicada que, en materia bancaria y financiera, ha mutado en el curso de los últimos años; (ii) la naturaleza de las obligaciones violadas; y (iii) el tipo de operación realizada.

En lugar de hacer una reseña completa, conviene razonar sobre las más recientes decisiones que se hacen cargo de los precedentes decididos por las Cortes de mérito, y por los más significativos pronunciamientos de la Corte de Casación.

La Corte de Casación, con sentencia del 29.9.2005, No. 19024<sup>9</sup>, en la aplicación al supuesto del artículo 6 de la Ley No 1 de 1991, ha considerado que la inobservancia de la forma escrita en el caso de comunicación por parte

7 House of Lords, 11.11.2004 (vv. la opinion de los Lords of Appel, 2004, UKHL 48).

8 En Foro It., 2005, I, 359, anotada por Palmieri.

9 En Foro It., 2006, I, 1105, anotada por Scoditti; ROPPO Y AFFERRI (Giorgio). *Dei contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*. En *Danno e Responsabilità*, 2006, p. 25.

del intermediario al cliente, de la subsistencia de un conflicto de interés, así como la inobservancia de la forma escrita por parte del cliente en orden a su aceptación, no determinen de por sí la nulidad del contrato. Ahora, la disciplina ha cambiado desde el momento que los reglamentos de las autoridades competentes solicitan la forma escrita para la primera comunicación y una forma que permita registrar la aceptación del cliente para la segunda comunicación.

Sin embargo, la Corte de Casación –con un *obiter dictum*– ha consolidado un principio muy importante, y por ello la clara distinción entre la violación de la ley por inobservancia de comportamientos debidos (y relativas consecuencias), y el defecto de requisitos de validez del contrato (y relativas consecuencias). En el primer caso, se da lugar a la aplicación de responsabilidad precontractual si la violación es anterior a la conclusión del contrato; en el segundo, a la nulidad. Pero no se pueden hacer generalizaciones: esto porque la misma Corte subraya que diversa es la solución cuando es el mismo legislador quien establece, de forma explícita, que la incidencia del comportamiento asume relevancia para los fines de la validez del contrato. En ausencia de una explícita previsión legislativa, la regla general permanece y el remedio es aquel relacionado a la responsabilidad precontractual, ex artículo 1337 del Código Civil italiano. Responsabilidad que también importa cuando el contrato es válido.

Con este *obiter dictum* se integra la cláusula general de buena fe, prevista en el artículo 1337 del Código Civil italiano, y el supuesto previsto en el artículo 1338 del mismo Código Civil, que se refiere al caso en el cual el contrato sea inválido.

Consiente del hecho que la aplicación del artículo 1337 del Código Civil italiano conllevaría solo al resarcimiento del denominado interés nega-

tivo, la Corte modificó (al menos en el supuesto considerado) el ámbito del resarcimiento, y consideró que el resarcimiento "(...) debe ser equiparado a la menor ventaja o al mayor agravio económico determinado por el comportamiento desleal de una de las partes".

La Corte va más allá de su razonamiento, precisando que una cosa es el contrato de inversión *tout court* –calificado como "contrato marco"–, y otra son las ordenes ejecutivas; la forma escrita se refiere solo al primero, más no a las ordenes ejecutivas que pueden ser expresadas de otra forma. Si embargo, el razonamiento no llega a la conclusión, puesto que no era materia de discusión la aplicación de los artículos 1394 y 1395 del Código Civil italiano (que implica la anulación del contrato). La parte actora, en su pretensión, no había invocado estas disposiciones y la Corte no se pudo pronunciar sobre la eventual aplicación de estas, que probablemente habrían llevado a otro resultado.

Sobre este punto, no habiendo pronunciamiento, se puede pensar, por la frase citada en la motivación, que tal vez el caso se habría resuelto con la anulación del contrato.

Lo que nos deja perplejos es el modo apurado con el cual la Corte resuelve el problema de la nulidad, expresando que la omisión de información preventiva no incidiría sobre los requisitos esenciales del contrato; es decir, sobre la naturaleza y sobre el objeto, sino "solo elementos útiles para evaluar la conveniencia de la operación", no idóneos para integrar la hipótesis de falta de acuerdo.

En cambio, es justamente sobre este punto que se ha concentrado una de las orientaciones de las Cortes de Merito, como el Tribunal de Brindisi, en la sentencia del 21 de junio de 2005<sup>10</sup>, el Tribunal de Mantova, en la sentencia del 18 de marzo de 2004<sup>11</sup>, el Tribunal de Catania, con

10 En: *www.italcas.it*

11 En: *Giur. Comm.*, 2004, II, 690, anotada por Scammi.

sentencia del 3 de diciembre de 2005, en la cual se sostiene que la nulidad del contrato-marco origina la nulidad de la orden de ejecución. Análogamente, el Tribunal de Palermo, con sentencia del 7 de julio de 2005<sup>12</sup>, precisamente con referencia al artículo 12 del Texto Único de las disposiciones en materia de Intermediación Financiera (TUF), argumenta en el sentido que, aunque la nulidad no sea establecida explícitamente por el legislador, esta se puede obtener de la tutela de los intereses públicos implicados que tienen rango constitucional. La sentencia es conforme a la precedente orientación asumida con la decisión del 16 de mayo de 2005.<sup>13</sup> En el mismo sentido, el Tribunal de Venecia, con sentencia del 11 de julio de 2005.<sup>14</sup> También el Tribunal de Milán, con ordenanza del 25 de marzo de 2006, se ha pronunciado sobre la nulidad del contrato-marco y de las órdenes de él derivadas, si no se ha respetado la forma.<sup>15</sup>

Es evidente que una cosa son las cargas de forma del contrato "marco" y otra cosa la violación de la obligación de informar al cliente antes de su conclusión. En ambos casos, sin embargo, por diversas razones se llega al mismo resultado; es decir, a la aplicación del remedio de la nulidad. Con una sentencia que trazó un nuevo camino, el Tribunal de Catania ha en cambio situado la violación de las obligaciones de informar por parte del intermediario en el ámbito del incumplimiento contractual, con la consiguiente resolución y/o resarcimiento del daño resentido por el inversionista.<sup>16</sup> Es ésta también la orientación seguida por el Tribunal de Génova, con sentencia del 15 de marzo de 2005<sup>17</sup>; los jueces razonando siempre en la aplicación del artículo 21 del TUF, han considerado que la violación de las obligaciones *ex lege* impuestas al intermediario, no implica un vicio genético del contrato (el

caso se trataba de un contrato ya existente, y de una orden aceptada sin que al inversionista se le hubiesen informado los riesgos de la operación) sino más bien, un vicio surgido sucesivamente a la conclusión del contrato, referido a las prestaciones a realizarse. En esta línea se ha colocado el Tribunal de Milano, con sentencia del 25 de julio de 2005, el cual, en aplicación del artículo 21 del TUF y del artículo 28 del Reglamento Consob, No. 11522/98, ha sostenido que el TUF ha previsto específicamente la nulidad en algunas disposiciones (artículo 23 incisos 1, 2, 3; artículo 24, inciso 2; artículo 30, inciso 7), mientras que en otros casos ha hecho referencia al resarcimiento del daño; esta interpretación literal, unida a la consideración más general de que no se puede extender el ámbito de la nulidad más allá de los casos expresamente previstos por el legislador ha hecho concluir a los jueces milaneses en el sentido de aplicar la disciplina del incumplimiento contractual, con consiguiente resarcimiento del daño, en vez de la disciplina de la nulidad. Obviamente la carga de la prueba pesa sobre el intermediario, a los efectos del artículo 23, inciso 6 del TUF.

Si existe una obligación el observar la forma escrita para el denominado "contrato-marco" no hay duda que este contrato sea nulo por defecto de un requisito considerado esencial por el legislador. De la nulidad del contrato-marco se origina necesariamente la nulidad de todas las órdenes dispuestas por el intermediario.

Si hay violación de las obligaciones de información precontractuales, tendría razón la Corte de Casación al sostener que, en este caso, no se está en presencia de un defecto de un requisito esencial del contrato. Pero más que reconocer una responsabilidad precontractual configura-

12 En: *Altalex*, 30.1.2006, anotada por Mastroianni.

13 En: *Altalex*, 1.5.2005.

14 Anotada por Ticozzi.

15 En: *Corr. merito*, 2006, N° 6, 1, anotada por Sangiovanni.

16 En: *Foro It.*, 2006, I, 1212.

17 En: *Altalex*, 15.4.2005, anotada por Guarrini.

da de modo creativo, se debería razonar sobre las cláusulas contractuales del contrato-marco, y por lo tanto, verificar si se ha producido el incumplimiento de una obligación contractual pactada o bien de una obligación contractual integrada *ex lege* en la regulación que vincula a las partes. En ambos casos, se da lugar a la resolución y/o al resarcimiento del daño. Puesto que el incumplimiento es normalmente invocado por el inversionista solo por una de las ordenes –y no para todas aquellas realizadas por el banco– la resolución del contrato-marco puede ser evitada por el inversionista, que está legitimado a pedir solo el resarcimiento del daño por el singular incumplimiento relativo a la única orden. Esta solución evita tanto el problema de las restituciones asociadas con la nulidad del contrato-marco, que implica todos los actos sucesivos, como el problema de la restitución de los títulos adquiridos con orden por efecto del incumplimiento del contrato-marco, pues en tal caso al inversionista le conviene quedarse con los títulos y solicitar solo el resarcimiento del daño.

Volviendo a lo dicho inicialmente, desde el momento que una de las finalidades de la nueva disciplina consista en la tutela a los inversionistas que habían sufrido efectos perjudiciales por el comportamiento de los intermediarios, el legislador habría podido dirimir las cuestiones, especificando el remedio disponible y las voces de daño, en vez de mantener a los inversionistas en la incertidumbre sobre el *ari*, sobre el *quomodo* y sobre el *quantum* del resarcimiento.

## VI. LAS PERSPECTIVAS DE LA DISCIPLINA COMUNITARIA

El régimen de la responsabilidad de los auditores de cuentas y, por lo tanto, de las sociedades auditoras, no es uniforme en los sistemas jurídicos de los Estados Miembros de la Unión Europea. En particular, esta diferenciación de regímenes afecta al mercado financiero en el

cual los auditores cumplen una función muy importante, puesto que controlando los balances “contribuyen de forma relevante a garantizar la confiabilidad de las cuentas”.<sup>18</sup>

La auditoría contable ha sido objeto de numerosas intervenciones por los órganos comunitarios. La más reciente se refiere a la Directiva No. 2006/43/CE, del 17 de mayo de 2006, dirigida, como afirma el considerando No. 5, a la sustancial armonización, si bien no completa, de las obligaciones en materia de auditoría legal de las cuentas. La directiva deja libre a los Estados miembros imponer obligaciones más severas, salvo disposición contraria. El considerando No 19, por su parte, precisa que:

*“Los auditores legales de cuentas y las empresas de auditoría contable, tienen la responsabilidad de desenvolver su actividad con diligencia, y por tanto deberían ser obligados al resarcimiento de los daños patrimoniales causados por negligencia. Sin embargo, la capacidad de los auditores y las empresas auditoras de obtener una cobertura asegurativa por la responsabilidad profesional, puede depender del hecho que los interesados estén o no sujetos a responsabilidad patrimonial ilimitada. Por su parte, la Comisión considera valorar estos aspectos tomando en cuenta el hecho que los regímenes de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, pueden variar en forma considerable”.*

Precisamente, el artículo 31 de la Directiva, que se refiere justamente a la responsabilidad de los auditores legales, no contiene un enunciado normativo, sino tan solo una obligación de la Comisión:

*“Antes del 1 de enero de 2007, la Comisión presenta un informe sobre el impacto que la normativa nacional vigente en materia de responsabilidad, en el contexto del desarro-*

18. Así se lee al inicio del “Documento di lavoro dei servizi della Commissione. Consultazione in merito alla responsabilità del revisori legali dei conti e ai suoi effetti sui mercati europei del capitali”, Bruxelles, enero de 2007.

*llo de auditorías legales de cuentas, ejercita sobre los mercados europeos de capitales y sobre las condiciones de aseguración para los auditores legales y las empresas de auditoría contable; dicho informe comprende un análisis objetivo de las limitaciones de la responsabilidad patrimonial. La Comisión procede, de ser el caso, a una consulta pública. A la luz del informe arriba mencionado, y en caso se considere oportuno, la Comisión presenta recomendaciones a los Estados miembros.*

Este procedimiento de consulta es continuado en el curso del 2007 con la publicación de un documento de trabajo, y luego con la publicación de los comentarios al mismo.

La preocupación fundamental expresada en el documento de trabajo es que las sociedades auditoras son de un número muy reducido en el mercado europeo de los capitales, y que una excesiva responsabilidad a su cargo podría, por un lado, comprometer la estabilidad, y por el otro, privar a los mercados de sus funciones. El documento se funda en una investigación dispuesta por la *London Economics*<sup>19</sup>, la cual ha puesto en evidencia como en los ordenamientos europeos, los auditores son responsables solidariamente con los administradores de las sociedades sujetas a auditoría, y por lo tanto, deben soportar los costos del resarcimiento de los daños sufridos por los sujetos legitimados a obtenerlo también por los comportamientos ilícitos de los administradores. El riesgo que corren los auditores tiene una función disuasiva, que -por lo que se entiende al leer el Documento- no habría generado una mayor diligencia en el ejercicio de las funciones desarrolladas, sino más bien, el abandono del mercado. De aquí la decisión de algunos Estados (Austria, Bélgica, Alemania, Grecia y Eslovenia) de limitar la responsabilidad solidaria de los auditores dentro de ciertos límites; el Reino Unido en noviembre

de 2006, ha permitido la limitación convencional de la responsabilidad.

Más que una exigencia para uniformar las reglas de responsabilidad, el documento parece avalar la tesis de que la intervención comunitaria por delimitarse en el futuro debería proponerse el objetivo de limitar la responsabilidad de los auditores. Tomando también en consideración el hecho de que el mercado de seguros del sector se encuentra en crisis. En otros términos, puesto que la responsabilidad solidaria surge sobretodo en caso de insolvencia de la sociedad sujeta a auditoría, los acreedores de la empresa podrán considerar a la sociedad auditora como *"una oveja a trasquilarse"*.<sup>20</sup>

Según el documento, un régimen demasiado oneroso de responsabilidad, llevaría al resultado de concentrar las sociedades auditoras, que de por sí, ahora son poco numerosas, (además de las *Big 4*, se cuentan otras dos conocidas sociedades), incluso podría desincentivar el desarrollo de esta actividad, hacer difícil la búsqueda de un auditor, aumentar los costos de la auditoría y provocar la potencial quiebra de las sociedades aseguradoras que operan en este ramo. El Documento pone además en duda que la responsabilidad ilimitada sea una garantía de calidad de la auditoría; y tomando como modelo la experiencia estadounidense, privilegia un control de tipo público, en el sentido de la creación de *"organismos públicos de control independientes"*.<sup>21</sup>

Frente a un panorama diverso en regímenes y posibles soluciones del problema, el Documento aísla cuatro opciones que ofrece a los interesados: (i) la introducción de un límite único a nivel europeo; (ii) la introducción de un límite en función de las dimensiones de la sociedad auditada; (iii) la introducción de un límite en función de los pagos correspondientes por la auditoría; (iv) la previsión de la responsabilidad

19. *Study on the Economic Impact of Auditors Liability Regimes*. En colaboración con el Prof. Ralf Ewert, octubre de 2006.

20. *Op. Cit.*, pp. 7-8.

21. *Op. Cit.*, p. 12.

proporcional que a cada parte impone a las cuotas de pérdida correspondientes a su grado de responsabilidad.

Desde el punto de vista de las reglas de responsabilidad, es necesario retomar la distinción entre el régimen contractual y el régimen extracontractual. En el caso de relaciones contractuales, la sociedad auditora puede negociar con la sociedad, limitaciones de responsabilidad, pero ello no la exime de responder en vía extracontractual en relación con los socios y los terceros.

En cambio en el régimen extracontractual, en el sistema italiano, la responsabilidad, aunque solidaria con los síndicos y los administradores, no es limitada: el texto del artículo 2409 *sexies* y el artículo 2407 del Código Civil italiano no contienen la fórmula canónica, según la cual, cuando un sujeto responde sin limitaciones, se dice que *“responde solidaria e ilimitadamente”*. Esto significa que el juez, al evaluar caso por caso, la incidencia de la intervención del auditor en la producción del daño sufrido por los sujetos legitimados a solicitar el resarcimiento, podrá calcular el porcentaje atribuible y, por lo tanto, limitar el ámbito de la responsabilidad y del resarcimiento.

## VII. PARA UNA RACIONAL ASIGNACIÓN DE LOS RECURSOS

Más allá de las consideraciones de naturaleza económica, de las ventajas de la competencia y de los peligros que se podrían señalar para los mercados financieros en caso de concentración de las sociedades auditoras, de su insolvencia, de la quiebra del mercado de seguros del sector, es oportuno evaluar la cuestión en su conjunto, que se perfila cuando se individualizan a todos los sujetos responsables, entre los cuales se pueden asignar los recursos de forma racional.

Ahora bien, en caso de auditoría negligente, el daño (salvo el caso arriba señalado por la errónea valoración de las cuotas) puede deberse a diversas *concausas* que concurren con lo reali-

zado por la sociedad auditora a determinar el evento: ante todo, el actuar negligente de los administradores y de los síndicos; pero también se debe considerar el actuar de los intermediarios, de los analistas financieros, de las sociedades de rating y de los órganos administrativos de vigilancia.

Excluir la responsabilidad de los auditores no tendría ninguna justificación, obviamente.

Limitarla a un límite único europeo, significaría exponer a los dañados a diferencias de tratamiento y de resarcimiento, desde el momento que sería necesario, período por período, repartir el límite entre aquellos que han sufrido los efectos del cumplimiento negligente, pero no se comprende de qué forma el resarcimiento –aunque asegurado– podría ser satisfecho.

Limitar el resarcimiento a las dimensiones de la sociedad o a los ingresos por la auditoría, es un verdadero *nonsense*: en la responsabilidad extracontractual no hay correlación entre la estabilidad económica del agente y su obligación de resarcimiento, como no puede existir correlación con aquello que se recibe, a título de retribución, de sociedad sujeta a auditoría.

En cambio, es necesario considerar ponderadamente, los factores que concurren en la causa del daño, y distribuir entre éstos en porcentaje –*caso por caso*– la responsabilidad, y por lo tanto, el monto del resarcimiento.

En lugar de ocuparse de la extensión de la responsabilidad, parece más apropiado evaluar la incidencia causal y las voces de daño. Pero todo esto importa una evaluación que debe ser efectuada por el juez, más que por el legislador (incluso comunitario). El legislador comunitario debería, en cambio, preocuparse por uniformar los principios en materia de responsabilidad –contractual y extracontractual– es decir, proceder expeditivamente en el proyecto CFR-Net (*Common Frame of Reference*), y delinear un régimen uniforme de responsabilidad aplicable a todos los países miembros.