

DERECHO EUROPEO ECONÓMICO Y FISCAL

POR UN SISTEMA UNIFORME DE RESPONSABILIDAD DEL AUDITOR EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EUROPEA

WERNER F. EBKE
y MARTÍN ANTONIO DE LA GARZA

SUMARIO: I. Introducción. II. Ventajas en el derecho europeo. 1. *Pri-mer enunciado*. 2. *Segundo enfoque*. III. *La responsabilidad del contador público frente a terceros en el derecho de los estados miembros*. 1. *Alemania*. 2. *Inglaterra*. a) *Principios generales de la responsabilidad causada por negligencia*. b) *Ampliación de la responsabilidad general por causa de negligencia*. c) *El cambio de tendencia*. d) *El fallo del caso Caparo*. e) *Fallos dictados con base en Caparo*. f) *La discusión de reforma conforme al caso Caparo*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La determinación del número de personas frente a las cuales el auditor (o contador público) es responsable por daños patrimoniales causados por negligencia ha alcanzado un significado importante no sólo en el derecho alemán,¹ sino también en el británico.² El sistema legal inglés ha dado ya una respuesta a esta interrogante en el fallo de la Cámara de los Lores en el caso *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners*³ del año 1963, el cual amplió la responsabilidad por ne-

¹ Respecto del derecho alemán *cfr.* EBKE/SCHEEL, "Die Haftung des Wirtschaftsprüfers für fahrlässig verursachte Vermögensschäden Dritter", WM 1991, 389; HOPT, "Haftung des externen Prüfers", en: "Handwörterbuch der Revision, 2. Aufl. 1992, S. 793; *idem*, "Die Haftung des Wirtschaftsprüfers". Rechtsprobleme zu § 323 HGB (§ 168 AktG a.F.) und zur Prospektund Auskunftshaftung, FS für Pleyer 1986, 341 = WPg 1986, 461 und 498; MÜLLER, "Grenzen und Begrenzbarkeit der vertragsrechtlichen Dritthaftung für Prüfungsergebnisse", FS für Forster 1992, 451.

² EHRLE, "Die Dritthaftung des 'Accountant' im englischen Recht", Diss. Konstanz, 1993; QUICK/NIEMANN, "Die Dritthaftung von gesetzlichen Abschlußprüfern in Großbritannien", RIW, 1992, 836; VON BAR, "Negligence, Eigentumsverletzung und reiner Vermögensschaden. Zu den Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden in der neueren Entwicklung des Common Law", RabelsZ 56 (1992), 410.

³ *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners* [1964], A.C. 465. Esta decisión analizó la responsabilidad de un banco frente a terceros. En la decisión de fondo

glicencia. La decisión del mencionado caso *Hedley-Byrne* sirvió de precedente para ampliar la responsabilidad del auditor según el Derecho Consuetudinario ("Common Law") de los Estados Unidos de Norteamérica (en lo sucesivo "Estados Unidos").⁴ Sin embargo, desde finales de los ochenta se ha perfilado en el más alto nivel del poder judicial de los Estados Unidos y Gran Bretaña una tendencia a limitar la responsabilidad por negligencia del auditor. Como ejemplos están el fallo de la Cámara de los Lores en el caso *Caparo*⁵ y el del Tribunal Superior de Justicia del Estado de California en el caso *Bily*.⁶ La evolución de esta materia en los Estados Unidos y Gran Bretaña es opuesto al desarrollo del derecho alemán, donde los tribunales amplían de manera continua la responsabilidad del auditor por negligencia frente a terceros; desde luego, los auditores ocupan en este contexto una posición privilegiada. Resulta de gran interés y es fácil reconocer la corriente que tiende a limitar la responsabilidad del auditor tanto en el sistema jurídico inglés como en el norteamericano en vista de las gestiones de la Comunidad Económica Europea (CEE) por nivelar las disposiciones relativas a la responsabilidad del mismo.

A continuación analizaremos el campo de acción comercial en que el derecho europeo permite que el sistema jurídico de los estados miembros de la CEE ("estados miembros") se aplique en lo referente a la responsabilidad del contador público (II). Después de esto esbozaremos la evolución en el derecho alemán de la responsabilidad del auditor e interpretaremos la corriente contraria seguida por el poder judicial en Gran Bretaña (III). Por último examinaremos las doctrinas que se desprenden de la contribución del derecho inglés al derecho de la CEE (IV).

II. VENTAJAS EN EL DERECHO EUROPEO

En 1972 la Comisión de la CEE (la "Comisión") elaboró una primera iniciativa de disposiciones que regulan la responsabilidad civil del auditor.

se determinó la responsabilidad del auditor por haber actuado negligentemente y haber causado daños patrimoniales.

⁴ Para mayor especificación *cfr.* EBKE, "Wirtschaftsprüfer und Dritthaftung", 1983, S. 142-179; *idem*, "In Search of Alternatives: Comparative Reflections on Corporate Governance and the Independent Auditor's Responsibilities", 79 Nw. U. L. Rev. 663 (1984).

⁵ *Caparo Industries v. Dickman and others* [1990], 1 All. E. R. 568.

⁶ *Bily v. Arthur Young & Co.*, 11 Cal. Rptr. 2d 51, 834 P. 2d 245 (Cal. 1992); al respecto *cfr.* EBKE, "Der Oberste Gerichtshof von Kalifornien weist der Revi-

1. Primer enunciado

Se propuso un quinto lineamiento sobre la estructura de la sociedad anónima ("Aktiengesellschaft") y las facultades y obligaciones de sus órganos.⁷ El proyecto prevé que expertos independientes revisen el resultado.⁸ En cuanto a la responsabilidad civil se comparó la responsabilidad entre los órganos directivos y de vigilancia.⁹ Dicho proyecto establece las siguientes ventajas para los estados miembros en lo referente a la mencionada responsabilidad: la responsabilidad frente a la sociedad de los accionistas o terceros será ilimitada y dependerá de la culpa y las restricciones a la responsabilidad del contador.¹⁰ Esta responsabilidad se ha venido ampliando con la esperanza de adoptar un plazo mínimo de prescripción.¹¹ El proyecto modificado del decreto que contiene el Estatuto para la Sociedad Anónima Europea (*Societas Europaea*) de abril de 1975 sigue el mismo sentido.¹² El proyecto aplica una responsabilidad ilimitada del auditor frente a la sociedad, sus accionistas y terceros por causa de infracciones dolosas.¹³ Además, existe una regla sobre la carga de la prueba, o bien, una presunción de culpabilidad: el contador debería poder "librarse" de la responsabilidad, "en caso de demostrar que no es culpable".¹⁴

Ciertas reglas que la Comisión ha propuesto en algunos de los estados participantes de la CEE van más allá del derecho en vigor de

sionshaftung neue Wege", Der Schweizer Theuänder 68 (1993) (que se publicará próximamente). En el mismo sentido *cfr.* la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Reves v. Ernst & Young*, 1993 WL 52169 (US) (referente a la responsabilidad del auditor según la Ley contra Organizaciones Corruptas de los Estados Unidos (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act-RICO).

⁷ Propuesta sobre una quinta línea de conducta para coordinar las disposiciones protectoras que los países miembros han previsto de conformidad con el artículo 58 párrafo 2 del Contrato en Interés del Socio y de Terceros en relación con las facultades y obligaciones de sus órganos, ABIEG Nr. C 131 v. 13. 12. 1972, S. 49; impreso por Lutter, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 1979, S. 99-114.

⁸ Artículo 52 del Proyecto de Reglas ("Richtlinienvorschlag") (Fn. 7).

⁹ El fundamento legal se encuentra en el artículo 62 del proyecto de ley (Fn. 7); las disposiciones sobre responsabilidad en lo referente a órganos de vigilancia y dirección se encuentran en los artículos 14-21 del proyecto de ley.

¹⁰ Artículo 14, párrafos 1 y 2 del proyecto de ley (Fn. 7).

¹¹ El artículo 21 del proyecto de ley (Fn. 7) establece un plazo mínimo de tres años.

¹² Proyecto reformado de decreto para un estatuto sobre sociedades anónimas de fecha 30.4.1975, Boletín de la CEE, Suplemento 4/75; impreso por Lutter (Fn. 7), pp. 278-357.

¹³ Artículo 209, párrafo 1 del proyecto de decreto (Fn. 12).

¹⁴ Artículo 209, párrafo 2, p. 2 del proyecto de decreto (Fn. 12).

dichos estados miembros.¹⁵ En Alemania se hace válido con la introducción de la auditoría obligatoria que hace que el auditor esté obligado en principio sólo frente a la sociedad auditada por dolo y negligencia.¹⁶ Esta responsabilidad se amplió cuidadosamente en 1965: según el artículo ("§") 168 de la Ley de Sociedades Anónimas (en lo sucesivo "AktG") de 1965, las empresas asociadas podían recurrir al auditor siempre que la empresa auditada cumpla con determinados requisitos. Este reglamento se aceptó sin modificaciones en la Ley sobre Directivas para Balances Financieros de 1986 (§ 323 párrafo 1 p. 3 HGB o Código de Comercio (en lo sucesivo "HGB")). El § 323 párrafo 1 p. 3 HGB se volvió impráctico al igual que su precursor. La responsabilidad por negligencia del auditor alcanza ahora hasta los DM 500,000 por auditoría (§ 323 párrafo 2 HGB). Cabe hacer notar que esta limitación es válida cuando en la auditoría han participado otros contadores públicos (§ 323 párrafo 2, p. 2 HGB). La responsabilidad del auditor frente a terceros se ajusta al derecho de la responsabilidad civil (artículo ("§§") 823-853 BGB). Según opiniones impugnadas,¹⁷ pero que se han emitido de manera correcta,¹⁸ existe una responsabilidad del contador público frente a terceros por negligencia según los principios de responsabilidad contractual o derecho análogo al de los contratos.

2. Segundo enfoque

Las propuestas de la Comisión no pudieron imponerse debido a que los esfuerzos de la misma por armonizar el derecho de los estados miembros no encuadraban con la competencia ajustada de la CEE. Las disposiciones que se han propuesto para dicha responsabilidad en opinión de varios de los estados miembros rebasan la autorización otor-

¹⁵ En el derecho francés *cfr.* QUICK/RENAULT, "Die zivilrechtliche Haftung des französischen Wirtschaftsprüfers", RIW, 1993, 305. Para una demostración de las reglas en otros sistemas jurídicos europeos *cfr.* EBKE (Fn. 4), p. 6; sobre el nuevo derecho suizo *cfr.* EBKE, "Revision und Revisionshaftung im neuen schweizerischen Aktienrecht", RIW, 1992, 823.

¹⁶ EBKE, (Fn. 4), pp. 35-36.

¹⁷ HOPT (Fn. 1), p. 798; STAHL, "Zur Dritthaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen", 1989, pp. 198-199.

¹⁸ EBKE (Fn. 4), pp. 38-44 y 56-60; EBKE/FECHTRUP, JZ, 1986, 1112, 1116; EBKE/SHEEL (Fn. 1); MÜLLER (Fn. 1), p. 459; VON BAR, "Buchbesprechung", AcP 192 (1992), 441, 444 (Fn. 10); NANN, "Wirtschaftsprüferhaftung - geltendes Recht und Reformüberlegungen", 1985, p. 139.

gada por la CEE en el artículo 54, párrafo 3, inciso g del Tratado de la CEE (en lo sucesivo el "Tratado"). Según la mencionada disposición la competencia ajustada de la comunidad abarca una coordinación de las "disposiciones protectoras vigentes en los estados miembros (...) en interés del socio, así como de terceros". La Comisión intenta, con base en las directivas estructurales y del Estatuto para la Sociedad Anónima Europea, no sólo armonizar las disposiciones relativas al derecho corporativo de los estados miembros, sino también el área del derecho civil relativa a la responsabilidad profesional, las cuales, en efecto, ya no están cubiertas por el artículo 54, párrafo 3, inciso g del Tratado.¹⁹

El proyecto modificado para una quinta directiva de 1983 ha tomado en cuenta dichas interrogantes. Dicho proyecto regula la responsabilidad del auditor frente a la sociedad auditada;²⁰ el reglamento de la responsabilidad civil del contador público frente a accionistas y terceros no lo trata expresamente. En efecto, la Comisión aclara en el artículo 19 la referida propuesta modificada sobre directivas estructurales, y que dicho reglamento contiene las directivas sobre responsabilidad del auditor frente a la sociedad, más "no interpreta ninguna limitación a la responsabilidad individual (...) frente a accionistas o terceros según los principios del derecho civil de los estados miembros". El proyecto de 1990 de dicho reglamento fue adoptado sin cambios.²¹

¹⁹ *Cfr.* también SONNENBERGER, "Rechtsangleichung als Aufgabe und Problem der Europäischen Gemeinschaft (dargestellt an Beispielen aus der Angleichung des Gesellschaftsrechts)" ZfRV 16 (1974), 244, 251; SONNENBERGER/COESTER, "Feststellung und Prüfung des Jahresabschlusses der Aktiengesellschaft im Gemeinsamen Markt". Propuesta de la Comisión de un quinto lineamiento para ajustar el derecho de la comunidad, AG, 1974, 177, 183; EBKE (Fn. 4), pp. 2-4. Otro tipo de crítica en Geisendörfer, "Die Entwicklung des Wirtschaftsprüferberufs im Hinblick auf den Europäischen Binnenmarkt 92", WPg, 1989, 667, 671; HARBERS, "Stellung und Aufgaben des Wirtschaftsprüfers in den Harmonisierungsrichtlinien der EG", WPg, 1978, 313, 316-317.

²⁰ *Cfr.* Propuesta Modificada para un Quinto Lineamiento de fecha 19.8.1983 ("Geänderter Vorschlag einer fünften Richtlinie - Strukturrichtlinie"), impreso en Lutter, "Europäisches Gesellschaftsrecht", 2. Aufl. 1984, pp. 145-158.

²¹ *Cfr.* artículo 62 en relación con el artículo 19 de la segunda reforma al Proyecto para un Quinto Lineamiento del Consejo según el artículo 54 del Tratado acerca de la estructura de la sociedad anónima, así como de las facultades y obligaciones de sus órganos, KOM (90), 692 final, ABIEG núm. C7 de 11.1.1991, p. 4.

El segundo proyecto modificado del Estatuto para la Sociedad Anónima Europea de agosto de 1989,²² así como el proyecto modificado de Estatuto para la *Societas Europaea* de mayo de 1991,²³ tampoco contienen disposiciones relativas a la responsabilidad del contador público. Conforme al artículo 7, párrafo 1, inciso a) del proyecto de estatuto de mayo de 1991, las cuestiones que no estén expresamente previstas por el decreto se interpretarán conforme a los principios generales de derecho sobre los que se funda el mismo.²⁴ En caso de que los principios generales no den la solución, se resolverá la cuestión de acuerdo a lo establecido en las normas para sociedades anónimas en vigor en el domicilio de la *Societas Europaea*.²⁵ Al interpretar correctamente el alcance del decreto sobre responsabilidad del auditor frente a la sociedad auditada, se entiende que se deja sin efecto la aplicación de la ley del domicilio de la *Societas Europaea* en lo relativo a la responsabilidad del auditor por falta de principios generales de derecho.²⁶ Sin embargo, falta aclarar cuál es el derecho aplicable en relación con la responsabilidad del contador público frente a terceros. Lo que falta aclarar en relación con las disposiciones que regulan la responsabilidad del contador público frente a terceros son las normas prioritarias de colisión de la *lex fori*. Además, para la elección, deben tomarse en cuenta sobre todo la Ley de Sociedades Mercan-

²² Segundo proyecto modificado para un ordenamiento sobre el Estatuto que regule la Sociedad Anónima Europea de 25.8.1989, en Lutter, "Europäisches Unternehmensrecht", 3a. ed., 1991, pp. 561-588.

²³ Proyecto modificado para un ordenamiento (CEE) del consejo de 16.5.1991 sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, ABIEG núm. C 176/1 de 8.7.1991, pp. 1-68.

²⁴ Artículo 7, párrafo 1, inciso a) del segundo proyecto reformado del decreto sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, editado por Lutter (Fn. 22), p. 563.

²⁵ Artículo 7, párrafo 1, inciso b) del segundo proyecto reformado del decreto sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, editado por Lutter (Fn. 22).

²⁶ La propuesta para un lineamiento del consejo en relación con la responsabilidad en la prestación de servicios (ABIEG núm. C 12/8 de fecha 18.1.1991) no cambia la posición del derecho europeo. Con posterioridad a la versión actual del proyecto el patrimonio no forma parte de los bienes jurídicos protegidos. Por lo tanto, dicha directiva no guarda ninguna relación con la responsabilidad del contador público. Para una descripción más detallada de las directivas sobre prestación de servicios cfr. TAUPITZ, "Europarechtliche Rahmenbedingungen des Vorschlags für eine Dienstleistungsrichtlinie", en: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg.), "Haftung der Dienstleistungsberufe. Natürliche Vielfalt und europäische Vereinheitlichung", 1993, p. 1.

tiles, la Ley de Contratos y el Estatuto sobre Responsabilidad Civil.²⁷ Tomando en cuenta los diferentes reglamentos existentes en los estados miembros sobre responsabilidad del auditor frente a terceros, subsiste el riesgo de que se generalice la búsqueda de la jurisdicción que más convenga ("forum shopping") en la CEE.

Hay que hacer notar que el derecho societario en la CEE pretende armonizar solamente las reglas sobre responsabilidad del auditor frente a la sociedad auditada. Toda cuestión distinta a la responsabilidad se deja al criterio de los estados miembros. El proyecto de directivas estructurales refleja el estado actual del derecho de los estados miembros. En caso de que dichas directivas estructurales entren en vigor en su versión actual, surgirían necesidades comerciales en Alemania: se tendrían que eliminar la restricción —que ha venido ampliándose— a la responsabilidad del auditor frente a la sociedad auditada (§ 323 párrafo 2, p. 1 HGB).

III. LA RESPONSABILIDAD DEL CONTADOR PÚBLICO FRENTE A TERCEROS EN EL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

1. Alemania

En Alemania no existe ninguna reglamentación sobre la responsabilidad del contador público frente a terceros; no se requiere autorización de las empresas asociadas (§ 323, párrafo 1, p. 3 HGB). Los terceros sin vínculo contractual acuden al derecho de la responsabilidad civil. Hoy en día se interpreta como fundamento válido de dicha responsabilidad civil el artículo 323 HGB.²⁸ Sin embargo, las restricciones a la responsabilidad conforme al artículo 323, párrafo 2, p. 1 HGB no se aplican a la responsabilidad civil.²⁹

En cuanto a los hechos generadores de responsabilidad civil que nos conciernen sólo el artículo 826 BGB alcanza un significado práctico.³⁰ El artículo 823, párrafo 1 BGB no considera al patrimonio como parte integrante de los bienes protegidos. La aplicación del artículo 823, párrafo 2 BGB no se adhiere a la regla que establece que las dispo-

²⁷ STAUDINGER-GROßFELD, "Internationales Gesellschaftsrecht", 12a. ed., 1981, Rz. 265, 266; MÜNCHKOMM-EBENROTH, "Kommentar zum BGB", vol. 7, 2a. ed., 1990, conforme al artículo 10 Rdnr., 347-348.

²⁸ Cfr. EBKE (Fn. 4), p. 43.

²⁹ EBKE (Fn. 4), pp. 37-43.

³⁰ EBKE/SHEEL (Fn. 1), p. 389.

siones penales protectoras del patrimonio³¹ requieren de una conducta dolosa por parte de dicho auditor. Existen disposiciones tales como el artículo 18 KWG o los artículos 2, 43 y 48 WPO que prescriben una obligación de indemnizar en caso de infracción negligente, para la cual, sin embargo, la administración de justicia no tiene todavía disposiciones protectoras adecuadas. No ha sido posible establecer un lineamiento en la teoría de las obligaciones que proteja el patrimonio con base en la responsabilidad del contador público.³² Finalmente entra en acción el artículo 826 BGB: en caso de "dolo" y "mala fe" los tribunales salen al encuentro de terceros que pretenden obtener indemnización utilizando el artículo 826 BGB como fundamento: para los tribunales basta con que se cumpla con el requisito de la mala fe para considerar que el contador público ha obrado imprudentemente o sin escrúpulos.³³ El contador público sabe que hay terceros que confían en su dictamen para efectuar una compra con la salvaguarda de no sufrir ningún menoscabo, ya que de lo contrario se cumpliría con el requisito de dolo.³⁴

La estrechez de las disposiciones de responsabilidad civil provoca que varios autores caigan en el error y piensen que se trata de una cuestión de política jurídica. Dichos autores utilizan el derecho contractual para crear una figura en torno a la responsabilidad y llegar así a una responsabilidad por daños patrimoniales causados por negligencia.³⁵ También se ha sostenido que no pueden aplicarse ni los principios generales de responsabilidad civil a la teoría de los contratos ni la responsabilidad especial del derecho privado con base en el artículo 141, párrafo 1, p. 3 AktG 1937 y su precursor.³⁶ A partir de la reforma a las disposiciones accionarias de 1937 ha surgido una nueva

³¹ GRAFE/LENZEN/RAINER, "Steuerberaterhaftung", 2a. ed., 1988, Rz. 486 bis 511.

³² Cfr. también HUBER, "Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens", FS für v. Caemmerer, 1978, p. 359; VON BAR, "Verkehrssicherungspflichten, Richterliche Gefahrsteuereingebote im deutschen Deliktsrecht", 1980; MÜNCHKOMM-MERTENS, "Kommentar zum BGB", 2a. ed., 1986, Bd. 3/2. Halbb., § 823 BGB Rdnr. 475 ff.

³³ BGHZ 10, 228, 233; BGH MDR, 1957, 29, 39; BGH NJW, 1986, 180, 181; BGH WM, 1987, 257, 258.

³⁴ BGH MDR, 1957, 29, 30; LANG, "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer und anderer Sachverständiger", WM, 1988, 1001, 1003 m.w.N. Sobre disposiciones en materia de seguros cfr. EBKE/SCHEEL (Fn. 4), p. 42.

³⁵ El desarrollo de la responsabilidad del contador público está explicado detalladamente por EBKE (Fn. 4), pp. 57-60. Comparar con EBKE/SCHEEL (Fn. 1), pp. 390-394; LANG, "Zur Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer", WPg, 1989, 57.

³⁶ EBKE (Fn. 4), p. 57.

corriente que pretende generar derechos más amplios a favor de terceros con base en tales disposiciones accionarias, las de responsabilidad civil y la teoría de los contratos.³⁷ Hoy en día se sostiene a menudo que al artículo 323 HGB no se opone a la ampliación de la responsabilidad del contador público frente a terceros conforme a los principios generales del derecho contractual o teorías conexas.³⁸ Esta doctrina se contrapone al artículo 323 HGB que establece que la responsabilidad del auditor debería limitarse al ámbito personal conforme al derecho accionario. Dicha doctrina se opone al espíritu de los artículos 823, 826 BGB, según los cuales los derechos patrimoniales de terceros sólo gozan de una protección limitada con base en la responsabilidad civil.³⁹

Por lo tanto, los auditores no responden frente a terceros por daños patrimoniales causados con negligencia conforme a principios contractuales o similares. Dichos auditores están obligados en el ámbito personal al pago de indemnización por los daños ocasionados conforme a los artículos 823, párrafo 2 y 286 BGB. No se han aceptado las propuestas de reforma para la expansión de la responsabilidad causada por negligencia. Desde el punto de vista del derecho comparado se recomienda no ir más allá del *status quo*. Los ordenamientos jurídicos tales como los de los Estados Unidos e Inglaterra han hecho valer por muchos años una responsabilidad amplia en caso de negligencia del contador público frente a terceros, mas buscan en este momento criterios lógicos que limiten dicha responsabilidad. Lo anterior es más claro en el derecho inglés.

2. Inglaterra

No existe en el derecho inglés un ordenamiento jurídico que de manera expresa regule la responsabilidad del contador público.⁴⁰ La solución se encuentra en el "Common Law" ("derecho consuetudinario"). Mientras que el derecho alemán se ayuda en parte de los principios contractuales para llegar a la responsabilidad civil, en el derecho

³⁷ En relación con las normas precursoras del artículo 323 HGB cfr. EBKE (Fn. 4), 40-43.

³⁸ Cfr. pies de página [Fn.] 17 y 18.

³⁹ Sobre responsabilidad profesional cfr. HOPT, "Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich. Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung", AcP 183 (1983), 608.

⁴⁰ Cfr. EHRLE (Fn. 2); QUICK/NIEMANN (Fn. 2).

inglés dicha problemática se resuelve con la responsabilidad civil del derecho consuetudinario ("torts"). Existen dos principios en el derecho inglés que son la doctrina de la causa o motivo ("consideration")⁴¹ y la doctrina de la obligatoriedad contractual ("privity of contract"),⁴² los cuales impiden que dicha obligación se extienda más allá de las partes contratantes. De ahí que, por ejemplo, el contrato en favor de terceros no se reconozca hoy en día en el derecho inglés de los contratos.⁴³ De manera conjunta, las dos reglas mencionadas excluyen derechos contractuales o semejantes de terceros contra el contador público al auditar a una sociedad, y remiten exclusivamente la responsabilidad del mismo frente a terceros al derecho de la responsabilidad civil. En Inglaterra se maneja el deber de información como parte integrante de la responsabilidad por negligencia ("negligence").⁴⁴

a) Principios generales de la responsabilidad causada por negligencia

La "negligencia" se reconoció por primera vez en 1932 en el fallo de la Cámara de los Lores en *Donoghue v. Stevenson*.⁴⁵ El caso *Donoghue* coloca la primera piedra en materia de responsabilidad civil por negligencia en el derecho inglés. La fórmula de la previsibilidad (conocida en inglés como "foreseeability") del hecho que genera el daño tiene su origen en dicho fallo. En primer lugar se recurrió a la "previsibilidad" sólo para determinar el alcance de la referida responsabilidad, y posteriormente como fundamento de la responsabilidad misma. Por mucho tiempo⁴⁶ fue imposible recuperar daños patrimo-

⁴¹ Cfr. TREITEL, "The Law of Contracts", 7a. ed., 1987, p. 52 ff.

⁴² Sobre los problemas de la responsabilidad civil cfr. MARKESINIS, "Doctrinal Clarity in Tort Litigation: A Comparative Lawyer's Viewpoint", 25 *International Lawyer* 953 (1991); *idem*, "Expanding Tort Law: Price of a Rigid Contract Law", *L.Q.R.*, 1987, 354; *Law Commission*, "Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties, Consultative Paper No 121", 1991.

⁴³ TREITEL (Fn. 41), p. 56.

⁴⁴ Pueden también sostenerse hechos generadores de responsabilidad con base en "declaraciones negligentes" ("negligent misrepresentation") en los casos de responsabilidad del contador público por "engaño" ("action of deceit") y por el delito de "fraude"; cfr. la decisión del Estado de California en *Bily v. Arthur Young* (Fn. 6).

⁴⁵ *Donoghue v. Stevenson* [1932], A.C. 562 (H.L.). Compárese con DIAS/MARKESINIS, "Tort Law", 2a. ed., 1989, pp. 62-64.

⁴⁶ Desde la decisión del caso *Derry v. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337 hasta el caso *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partner* [1964], A.C. 465. Compárese con DIAS/MARKESINIS (Fn. 45), p. 253 f.

niales con base en la responsabilidad civil por negligencia siguiendo *Donoghue* y no podía obtenerse ninguna indemnización. Esta posibilidad apareció por primera vez en 1963 con la decisión de la Cámara de los Lores en el caso *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partner*.⁴⁷ Cabe hacer mención al voto discrepante del Ministro *Dennning* en el caso *Candler v. Crane, Christmas & Co.* de 1951.⁴⁸

b) Ampliación de la responsabilidad general por causa de negligencia

La responsabilidad por negligencia sufrió un cambio en los años setenta con las decisiones de los casos *Dutton*⁴⁹ y *Anns*.⁵⁰ Ambos casos se basan en hechos similares. Existe un pleito entre el dueño de una casa y la autoridad laboral del municipio. La parte actora sostuvo que la autoridad había causado daños a su casa por falta de cuidado en los planos y permisos de construcción, y solicitó indemnización por costos de reparación, o una compensación por pérdida de valor de la misma. Dichas acciones resultaron exitosas. Los casos *Dutton* y *Anns* han sido también de gran significado para la responsabilidad del contador público debido a la repercusión de la acción de negligencia. *Lord Wilberforce* en su considerando en el caso *Anns* plantea un "Examen de Dos Fases" ("Two-tier-test") para determinar la responsabilidad por negligencia. En la primera fase es necesario averiguar si existe una "relación suficientemente cercana" ("sufficient relationship of proximity"). Al plantearse una relación suficientemente cercana entre el que sufre el daño y quien lo ocasiona, responderá en principio la parte que lo ocasiona. Cualquier limitación a dicha responsabilidad se genera a partir de una consideración de tipo político ("policy"), que resulta en una consideración jurídico-política, y de la cual el juez se ocupará en la segunda fase del referido examen. Los elementos que se toman en cuenta para realizar dicha valoración dependen de las circunstancias del caso particular y no son objeto de sistematización.

⁴⁷ *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partner* [1964], A.C. 465.

⁴⁸ *Candler v. Crane, Christmas & Co.* [1951], K.B. 164, 170. Cfr. además EBKE (Fn. 4), pp. 167-168 m.w.N.

⁴⁹ *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council* [1972], 1 All E.R. 908 (C.A.).

⁵⁰ *Anns v. Merton London Borough* [1977], All E.R. 492 (H.L.).

1. *JEB Fasteners v. Marks, Bloom & Co.*

Vale la pena analizar el fallo en el caso *JEB Fasteners v. Marks, Bloom & Co.*⁵¹ El caso es útil para entender cómo se transfiere la teoría de las dos fases a la responsabilidad profesional del contador público. El señor Ministro Woolf descuida casi completamente el criterio de "cercanía" ("proximity") en su fallo y analiza, en su lugar, la carga pesada que es la previsibilidad del daño. Los auditores han hecho una valoración errónea del inventario de su mandante en los estados financieros de dicho ejercicio. Los auditores bien sabían que su mandante estaba en busca de inversionistas. La actora participó en la sociedad auditada y se fió en los estados financieros de la empresa que se habían dado a conocer al público inversionista. Al aplicar las reglas sobre responsabilidad del caso *Anns*, el Ministro Woolf consideró que ya no era necesario probar la existencia de una "relación especial" ("special relationship") entre los auditores y la parte actora. Woolf sólo sostuvo que la sociedad auditora puede prever que el resultado del ejercicio sería de gran importancia para las decisiones de los inversionistas. Por lo que toca a las restricciones de la responsabilidad, Woolf examinó únicamente argumentos de la segunda fase para resolver si la parte actora había confiado en el dictamen de manera "razonable y honrada" ("reasonable reliance").⁵²

2. *Twomax Ltd. v. Dickson, McFarlane & Robinson*

Dentro de la misma línea está el fallo escocés de *Twomax Ltd. v. Dickson, McFarlane & Robinson*.⁵³ El despacho de auditores demandado en este caso no conocía concretamente que la sociedad auditada estuviera en busca de inversionistas. Sin embargo, los inversionistas se abren paso haciendo valer su derecho de indemnización por los daños ocasionados; dicha acción se basaba en los estados financieros objeto de la litis, que resultaron fraudulentos. El deber de cuidado del auditor frente a inversionistas potenciales se basó en que los auditores

⁵¹ *JEB Fasteners Ltd. v. Marks, Bloom & Co.* [1981] 3 All E.R. 289; fallo ratificado por la Corte de Apelación en [1983] 1 All E.R. 583.

⁵² La decisión niega, sin embargo, la existencia de responsabilidad por parte del contador público ya que, en opinión del juez, la parte actora habría efectuado dicha inversión en caso de que se hubieran elaborado dichos estados financieros de manera correcta.

⁵³ *Twomax Ltd. v. Dickson, McFarlane & Robinson* [1983], S.L.T. 98; ratificado en [1984] S.L.T. 424.

deberían haber sabido, por circunstancias conocidas, que la sociedad necesitaba mayores capitales. También les era bien sabido que generalmente los inversionistas potenciales tienen a su disposición los estados financieros al terminar el ejercicio y, que con base en ellos, se encuentran obligados frente a terceros.⁵⁴

c) *El cambio de tendencia*

La Cámara de los Lores se aparta del fallo *Anns* de manera expresa en el caso de *Murphy v. Brentwood*.⁵⁵ En raros casos se han apartado la Cámara de los Lores de alguno de sus fallos.⁵⁶ Lo anterior pone de relieve el significado de *Murphy v. Brentwood*.⁵⁷ En dicho caso se tomó en cuenta la creciente crítica que durante los años ochenta sufrió la Teoría de las Dos Fases.⁵⁸ Los hechos de los casos *Dutton*⁵⁹ y *Anns*⁶⁰ son similares. Sin embargo, la Cámara de los Lores rechaza la Teoría de las Dos Fases y falla a favor de la empresa constructora. Los fallos en los casos *Murphy* y *Caparo* han causado que el caso *Anns* esté ya pasado de moda en lo relativo a la responsabilidad del contador público.⁶¹ Se ha señalado que los antiguos fallos eviden-

⁵⁴ Otros casos sobre el deber de información son *Ross v. Caunters* [1979], 3 All E.R. 589 (responsabilidad de un abogado frente a la sucesión por un testamento erróneo) y *Yianni v. Edwin Evans & Sons* [1981], 3 All E.R. 592 (un perito experto en inmuebles que elaboró para una institución bancaria de construcción un dictamen con errores se considera responsable frente a un acreedor hipotecario).

⁵⁵ *Murphy v. Brentwood District Council* [1990], 2 All E.R. 908. Comparar además con *O'Dair, Hurphy v. Brentwood District Council: "A House with Firm Foundations?"*, 54 M.L.R. 561 (1991); WALLACE, "Anns Beyond Repair", 107 L.Q.R. 228 (1991).

⁵⁶ Hasta 1966 el "Common Law" extendió el deber de indemnización a la Cámara de los Lores. La declaración ("Practice Statement" o "Judicial Precedent") sirve de fundamento para la revisión ("overruling"), la cual deja sin efecto el deber que existe.

⁵⁷ Con más detalle *cfr.* VON BAR (Fn. 2), pp. 413, 422-425.

⁵⁸ En lo referente a los críticos de la Cámara de los Lores se distingue *Lord Keith. Cfr., e.g.*, el fundamento de su fallo en *Rowling v. Takaor Properties Ltd.* [1988], 1 All E.R. 163, 172; compárese también MARKESINIS/DEAKIN, "The Random Element of their Lordships Infallible Judgement: An Economic and Comparative Analysis of the Tort of Negligence from *Anns* to *Murphy*", 55 M.L.R. 620 (1992) m.w.N. *Cfr.* WALLACE, "Negligence and Defective Buildings, Confusion Confounded?", 105 L.Q.R. 46 (1989).

⁵⁹ *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council* [1972], 1 All E.R. 908.

⁶⁰ *Anns v. Merton London Borough* [1977], All E.R. 492 (H.L.).

⁶¹ Se anulan expresamente *Anns* y todos los casos que plantearon el mismo razonamiento. *Cfr.* *Lord MacKay LC* [1990], 2 All E.R. 908, 912.

temente se encontraban fuera de contexto como una "pequeña filtración que contenía un examen de previsibilidad que, como ahora puede verse, había sido interpretado de manera equivocada".⁶²

d) El fallo del caso *Caparo*

Los fallos en los casos *Murphy v. Brentwood*⁶³ y *Caparo v. Dickman*⁶⁴ no surgieron de la nada ni de manera repentina. Ya se hacía sentir la "nueva tendencia conservadora"⁶⁵ en la administración de justicia con respecto a la responsabilidad por negligencia en los casos *Yuen Kum Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*,⁶⁶ así como un fallo del Consejo Estatal "Privy Council"⁶⁷ y en el caso de *Clarke v. Bruce Lane & Co.*⁶⁸ En *Yuen Kum Yeu* el Consejo Estatal criticó con lenguaje muy claro la Teoría de las Dos Fases de Lord Wilberforce y se volvió a concentrar en el criterio de la "relación suficientemente cercana y directa".⁶⁹ *Caparo*⁷⁰ sustituyó el Examen de las Dos Fases del caso *Anns* por la responsabilidad del contador público. La decisión *Caparo* se publicó antes del caso *Murphy*. Los jueces ya no tenían que seguir lo establecido en el caso *Anns*. Así fue como el fallo

⁶² "[B]rief flirtation with a test of mere foreseeability which now is seen to have been clearly misguided". BAKER, "Tort", 5a. ed. 1991, p. 94.

⁶³ *Murphy v. Brentwood District Council* [1990], 2 All E.R. 908.

⁶⁴ *Caparo Industries plc v. Dickman and others* [1990], 1 All E.R. 568.

⁶⁵ Cfr. VON BAR (Fn. 2), p. 425.

⁶⁶ *Yuen Kum Yeu and Others v. Attorney-General of Hong Kong* [1988], A.C. 175 (sobre la responsabilidad de un organismo frente a inversionistas al afectar dichos inversionistas las obligaciones de inspección y auditoría frente a una institución bancaria de depósito ["deposit-taking company"]).

⁶⁷ Los jueces de la Cámara de los Lores dictan sus fallos en última instancia formando el "Privy Council" para algunos países de la Comunidad Británica de Naciones ("Commonwealth"), en este caso para la colonia establecida en Hong Kong. Esta sentencia no participa formalmente en la teoría inglesa de las consecuencias causadas por perjuicio. En lo referente a la igualdad personal es de gran significado el criterio del colegio de jueces ("persuasive authority"). Cfr. al respecto *Halsbury's Laws of England*, 4a. ed., Stand, 1992, tomo 10, §§ 767-771.

⁶⁸ *Clarke v. Bruce Lane & Co.* [1988] 1 All E.R. 364 (sobre la responsabilidad de un abogado frente a la sucesión por redactar equivocadamente un testamento).

⁶⁹ "Sufficiently close and direct relationship". Los fallos anteriormente mencionados, junto con *Peabody Donation Funds v. Parkinson & Co.* [1984], 3 W.L.R. 953 y *Leigh & Silvan v. Aliakmon Shipping Co.* [1986] Q.B. 350, se consideran limitaciones de la doctrina *Anns*.

⁷⁰ *Caparo Industries plc v. Dickman and others* [1990], 1 All E.R. 568.

en el caso *Caparo* anticipó los argumentos discutidos en el caso *Murphy*. La sentencia en el caso *Caparo* puede considerarse a partir de entonces, por lo que toca a la responsabilidad del contador público, como un antecedente del caso *Murphy*.

La actora en el caso *Caparo* detenta acciones de Fidelity plc, una de las más importantes empresas cotizadas en la Bolsa de Londres. Sin embargo, al fin del ejercicio fiscal Fidelity refleja, al 31 de marzo de 1984, una ganancia muy por debajo de los pronósticos que se habían publicado. Después de esto, el curso accionario bajó de manera notable. La actora había adquirido acciones de Fidelity plc con posterioridad a la publicación de los estados financieros y en el transcurso del año hizo un ofrecimiento para adquirir la parte restante de Fidelity plc. Después de la exitosa adquisición, la sociedad adquirente reclamó que el despacho de auditores de Touch Ross había dictaminado con falsedad los estados financieros de la referida sociedad. En vez de obtener la ganancia de 1.2 millones de libras esterlinas netas después de impuestos reflejada en los mismos, resultó una pérdida de 400,000 libras. Debía decidirse como cuestión preliminar ("preliminary question")⁷¹ si existía un deber de cuidado de los auditores para con la actora. Los jueces se opusieron a la aplicación de la Teoría de las Dos Fases del caso *Anns*⁷² y se concentraron en el deber de cuidado para resolver si de la regla de derecho corporativo sobre auditorías se podía reducir que el contador público se encuentra obligado frente a los accionistas con base en los estatutos sociales de la empresa

⁷¹ En este tipo de procedimientos se decide primero una interrogante jurídica o de facto. No es sino hasta que dicha interrogante se decide a favor de la actora que se lleva el caso al juez de primera instancia ("trial judge") como parte principal del proceso. En el asunto de *Caparo* se manejó la cuestión relativa al deber de cuidado que los auditores deben a la parte actora como una cuestión preliminar ("preliminary question"). La demandada actuó con negligencia y el juez de conocimiento se preguntó si dicha demandada debería indemnizar por el daño causado. Se negó la existencia de un deber de cuidado y así dejó de formar parte del procedimiento principal. Cfr. acerca de dicho procedimiento *Halsbury's Laws of England*, 4a. ed., 1992, tomo 37, §484.

⁷² Cfr. el fundamento de *Lord Bridge* para dicho fallo [1990], 1 All E.R. 568, 573-575 y de *Lord Roskill* [1990], 1 All E.R. 568, 581 ("no simple fórmula or touchstone").

("statutory duty").⁷³ El Tribunal de Apelación⁷⁴ resolvió que el auditor tenía un deber de cuidado para con cada accionista ("actual shareholder"), y no frente a todo inversionista potencial observando la calidad de la parte actora, primero como accionista de Fidelity, y segundo como inversionista potencial ("actual" o "potential shareholders"). Esta opinión nos lleva a pensar que una sociedad adquirente que cuenta ya con los estados financieros auditados de la empresa a adquirir ("sociedad objetivo") se encuentra en una mejor posición frente a las disposiciones de responsabilidad civil que una sociedad adquirente que todavía no ha mostrado interés alguno por dicha sociedad objetivo.

La Cámara de los Lores rechazó este privilegio de los accionistas frente a inversionistas potenciales. Por un lado, la Corte de Apelación establece que no todo inversionista potencial se encuentra facultado para reclamar el pago de indemnización debido a que el auditor no tiene para con ellos ningún deber de cuidado: "El auditor de las cuentas de una sociedad cotizada en bolsa no tiene ningún deber de cuidado frente a los miembros del público en general que confiaron en dichas cuentas para comprar acciones de la misma".⁷⁵ Por el otro lado, la Cámara de los Lores rechazó el criterio de la Corte de Apelación que establece que la parte adquirente está facultada para reclamar el pago de indemnización: "En su calidad de adquirente de acciones adicionales con base en el reporte del auditor, no se encuentra en una situación distinta de la de los demás miembros del público inversionista frente a los cuales el auditor no se encuentra obligado".⁷⁶ La Cámara de los Lores basa su opinión en que las sociedades auditadas

⁷³ En especial *cfr.* *Lord Roskill* [1990], 1 All E.R. 568, 583-584. Por supuesto que sorprende uno de los argumentos de la Cámara de los Lores. El tribunal se equivoca al declarar que "no existía razón para sostener que al expedir disposiciones estatutarias el parlamento se basó en disposiciones que regulan la información requerida para la adquisición de acciones". Este es el motivo del legislador, como lo demuestra *Mills*, "The Caparo Case: A Victorian View, Accountancy", septiembre de 1991, 25; para mayor detalle *cfr.* *EHRLE* (Fn. 2), pp. 164-165.

⁷⁴ [1989] 1 All E.R. 798, opinión contraria de *Bingham*, *Taylor* *LJJ.*, *O'Connor* *LJ.* El fallo de la Corte Superior ("High Court") *cfr.* [1988] BCLC 387, de *Sir Neil Lawson*.

⁷⁵ "The auditor of a public company's accounts owed no duty of care to a member of the public at large who relied on the accounts to buy shares in the company". [1990] 1 All E.R. 568, 569.

⁷⁶ "As a purchaser of additional shares in reliance on the auditor's report, he stands in no different position from any other investing member of the public to whom the auditor owes no duty". *Lord Bridge* [1990], 1 All E.R. 568, 581.

al término del ejercicio fiscal no tienen como función servir como fundamento para la toma de decisiones por parte de los inversionistas. El juzgado analiza posteriormente la responsabilidad ilimitada del contador público, la cual tendría por consecuencia conceder un derecho de indemnización al titular de dicha participación.

Así se definen los parámetros: el auditor no es responsable frente a los inversionistas potenciales ni frente a los accionistas, sino sólo para con la sociedad auditada. Lo anterior se plasmó en el artículo 323 HGB a raíz del fallo de la Suprema Autoridad Judicial en Inglaterra por lo que toca al titular del derecho. La Teoría de las Dos Fases del caso *Anns* ya no es el criterio dominante en lo relativo a la previsibilidad del daño, que es la base de la responsabilidad del contador público frente a accionistas e inversionistas. Con el fallo *Caparo*, la Cámara de los Lores ha impedido definir la responsabilidad por daños a terceros causados con negligencia, utilizando la regla del caso *Anns* en relación con la Teoría de las Dos Fases. En apoyo a lo anterior, la Cámara de los Lores cita una declaración idéntica del señor Ministro *Brennan* en una decisión del Tribunal Superior de Australia y da a entender que los tribunales deberían desarrollar criterios relativos a la responsabilidad del auditor caso por caso.⁷⁷ Siguiendo el caso *Caparo*, el contador público resulta responsable frente a terceros con base en circunstancias determinantes de la responsabilidad.

El fallo del caso *Smith v. Bush*⁷⁸ también puede invocarse siguiendo el caso *Caparo*. En dicho caso se condenó a un perito valuador de inmuebles a indemnizar a un comprador por no elaborar correctamente su dictamen. El referido perito sabía que había adquirentes potenciales del inmueble que recibirían su dictamen y que se basarían en el mismo para tomar una decisión. En caso de que un inversionista demostrara encontrarse en circunstancias similares, no podría descartarse el derecho a indemnización conforme a *Caparo*.⁷⁹ Existen casos

⁷⁷ *BRENNAN J.*, en *Sutherland Shire Council v. Heyman*, Tribunal Superior de Australia (1985), 60 ALR 1, 43; citado por *Lord Bridge* en el fallo del caso *Caparo* [1990], 1 All E.R. 570.

⁷⁸ *Smith v. Eric S. Bush, Harris and Another v. Wye Forest District Council and Another* [1989], 2 W.L.R. 790. *Cfr.* también el fundamento de *Lord Bridge* [1990], 1 All E.R. 568, 577-579 y el de *Lord Roskill* [1990], 1 All E.R. 568, 589-593.

⁷⁹ *Smith v. Bush* [1989], 2 W.L.R. 790, resulta interesante desde otro punto de vista. El perito había utilizado en su contrato una cláusula que lo liberaba de toda obligación. Sin embargo, el tribunal lo aclaró con base en la Ley sobre Terminología Nula en los Contratos ("Unfair Contract Terms Act") del año de 1977. En

basados en *Smith v. Bush* en los que pudo hacerse valer un deber de cuidado ("duty of care") del contador público frente a terceros.⁸⁰ La responsabilidad afectó en primer lugar a los casos de auditoría voluntaria, en que se harían llegar a terceros los estados financieros auditados para su uso en transacciones particulares.⁸¹ del caso *Caparo*.⁸²

e) Fallos dictados con base en *Caparo*

Cabe mencionar dos fallos más relativos a la responsabilidad del contador público, los cuales concretizan la nueva sentencia de fondo

1) James McNaughton Papers Group Ltd. v. Hicks Anderson & Co.⁸³

La cuestión principal en el fallo en *McNaughton* fue la adquisición pacífica de una empresa. Durante la negociación de dicha adquisición los auditores de la sociedad objetivo pusieron a disposición de los compradores los estados financieros provisionales de la empresa. De conformidad con la constatación hecha por el juzgado dicho balance se realizó de manera incorrecta. La demandada había actuado con negligencia. El comprador reclamó que se le indemnizara por el daño ocasionado por dicha valoración errónea. La Corte Superior inglesa ("High Court") dio curso a la demanda por indemnización del daño en la primera instancia de conformidad con el caso *Caparo*. Mientras *McNaughton* se ventilaba en el tribunal de alzada, la Cámara de los Lores dictó la sentencia definitiva en el caso *Caparo*. La Corte de Apelación falló a favor del auditor con base en *Caparo*.

adelante se vigilaron las reglas sobre las limitaciones a la liberación de responsabilidad de los peritos.

⁸⁰ El litigio en el caso *Caparo* continúa conforme a la sentencia de la Cámara de los Lores con un nuevo planteamiento. Ahora la sociedad adquirente demanda a Fidelity, y la sociedad inspeccionada demanda a Touch Ross. En caso de llegar a un acuerdo extrajudicial surgirá una oportunidad en proporción a la precisión con que sean descritas las obligaciones del contador público. Cfr., "Touch Ross Faces New Writ", "Accountancy", mayo de 1991, p. 10.

⁸¹ EBKE, Auditors' Liability to Third Parties: Adventures in Comparative Law", 1989-1990, *Obiter* 9, 19-44.

⁸² Cfr. PERCIVAL, "After Caparo - Liability in Business Transactions Revisited", 54 M.L.R. 739 (1991). Cfr. también *Al-Nakib Investments (Jersey) Ltd. v. Longcroft* [1990], 3 All E.R. 321.

⁸³ *James McNaughton Papers Group Ltd. v. Hicks Anderson & Co.* [1990], 1 All E.R. 134 (C.A.).

2) Morgan Crucible Co. plc v. Hill Samuel Bank Ltd.⁸⁴

La parte actora en este procedimiento fue uno de los postores para una adquisición violenta ("hostile takeover") que resultó en la adquisición definitiva de la sociedad objetivo. Durante el proceso de adquisición la administración de la empresa objetivo se defendió contra la escandalosa adquisición publicando los pronósticos de ganancias. La administración de la empresa preparó dicha publicación junto con un banco y la sociedad auditora demandada.⁸⁵ Una vez publicados los referidos pronósticos, la parte actora subió su oferta para la adquisición de las demás acciones de la sociedad objetivo. La administración de la sociedad objetivo recomendó a sus asociados que aceptaran la oferta y así fue como se efectuó la adquisición de la sociedad. La actora, Morgan Crucible, alegó que durante el proceso de adquisición se utilizaron documentos falsos de la sociedad objetivo y de los auditores, lo cual le ocasionó un daño. La corte de apelación dictó una sentencia interlocutoria ("preliminary ruling")⁸⁶ que concedía un derecho a la actora en caso de que ésta pudiera probar que la sociedad demandada de auditores no había actuado con el cuidado necesario. Sin embargo, lo anterior no volvió a invocarse debido a que las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial.⁸⁷ Conforme a la opinión del juez lo anterior es deplorable, y de ahí que todavía quede por resolverse cuáles son los requisitos que el auditor debe llenar para responder frente a un adquirente hostil que ha decidido invertir con base en los referidos pronósticos de ganancias.⁸⁸

La diferencia esencial entre *Caparo* y *Morgan Crucible* consiste en la previsibilidad de todo aquel que confía en el análisis realizado

⁸⁴ *Morgan Crucible Co. plc v. Hill Samuel Bank Ltd.* [1991], 1 All E.R. 148 (C.A.); Vorinstanz [1990], 3 All E.R. 330 dictado por el Ministro Hoffman.

⁸⁵ Además, el "City Code" relativo a Adquisiciones y Fusiones de empresas crea una obligación para la administración de la sociedad objetivo; compárese con PERCIVAL (Fn. 82), p. 740. Es cuestionable si de las disposiciones del "City Code" resultan ciertos deberes frente a los postores o únicamente frente a accionistas de la sociedad objetivo. Cfr. además al Ministro Hoffman en *Morgan Crucible v. Hill Samuel* [1990], 3 All E.R. 330, 336.

⁸⁶ Sobre este procedimiento cfr. Fn. 71.

⁸⁷ PERCIVAL (Fn. 82), p. 742.

⁸⁸ Teniendo en cuenta los riesgos que se acarrearán con un procedimiento judicial hasta la sentencia definitiva, surge cada vez más frecuentemente la negociación y los convenios extrajudiciales. Ello impide la evolución de un sistema de derecho casuístico. Compárese con DARNILL, "Should Auditors Fight Legal Cases?", *Accountancy*, May 191, p. 20.

por el auditor. En *Caparo* se presentan los estados financieros auditados antes de que se tome la decisión para invertir. De manera contraria, los fundamentos que se usaron para confirmar el fallo en *Morgan Crucible* se dividieron al principio, justo en el momento en que Morgan Crucible estaba listo para participar como postor: "Así que se realizaron con la clara intención de realizar dicha oferta".⁸⁹ El juzgado de primera instancia no aceptó el deber de cuidado con base en *Caparo* ya que quería evitar que se ampliara la responsabilidad.⁹⁰ La corte de apelación se opone no dejando valer dicho argumento de carácter económico: "No dejaremos sin efecto un caso discutible que no pueda analizarse con base en motivos económicos".⁹¹

f) La discusión de reforma conforme al caso *Caparo*

La sentencia definitiva de la Cámara de los Loes en el caso *Caparo*⁹² dió más elementos en Gran Bretaña para discutir los requisitos y función de la auditoría. Para el auditor, dicho fallo representa una disminución del riesgo de incurrir en responsabilidad,⁹³ aunque acarrea consigo nuevos problemas. El auditor enfrenta dicho fallo de diversas maneras.⁹⁴ En caso de que, en el mundo de los negocios, se extendiera la idea de que el auditor no es responsable frente a terceros o que sólo lo es en casos determinados, podría esto resultar, desde un punto de vista profesional, perjudicial a largo plazo creando derechos de responsabilidad civil incalculables y exagerados. La reputación profe-

⁸⁹ "They were therefore clearly made with that identified bidder in mind". *Slade* L.J. [1991], 1 All E.R. 148, 154.

⁹⁰ [1990] 3 All E.R. 330-335.

⁹¹ "We would not think it right by reference to economic considerations to dismiss as unarguable an otherwise arguable case". *Slade* L.J. [1991], 1 All E.R. 148, 161.

⁹² *Caparo Industries plc v. Dickman and others* [1990], 1 All E.R. 568.

⁹³ La Secretaría de Industria y Comercio había encargado en 1988 un informe relativo a la responsabilidad profesional, en particular la del auditor. El reporte presentado en 1989 por *Lieikerman* (*Department of Trade and Industry, "Professional Liability: Report of the Study Teams"*, HMSO 1989) analiza la situación presente de la responsabilidad del auditor (pp. 21-27), acepta particularmente la disponibilidad y el costo del seguro de responsabilidad profesional (pp. 30-34), y propone diferentes medidas para mejorar la situación relativa a la responsabilidad del auditor (pp. 39-40). Por supuesto, estas propuestas no pudieron imponerse hasta la fecha: "Government Rejects Proposals", *Accountancy*, diciembre de 1990, p. 8.

⁹⁴ *Caparo*: "The Cloud Behind the Silver Lining", *Accountancy*, marzo de 1990, p. 1; "Call for *Caparo* to be Reversed", *Accountancy*, abril de 1992, p. 9.

sional del contador público no depende de la intención que éste tenga en responder por la prestación de sus servicios.

La anterior confusión ha generado que se recurra a la "defensa propia". Cabe resaltar el caso específico de los inversionistas institucionales y procuradores de crédito que tratan de protegerse mediante la celebración de contratos con los contadores ("privity letters", en lo sucesivo "cartas contrato").⁹⁵ Los inversionistas permiten que se determine en el texto de estas cartas contrato quién es el auditor, así como una cláusula en que se especifique que se puede confiar en la auditoría realizada por el contador.⁹⁶ No ha sido satisfactorio el aumento de las cartas contrato. De ahí que desde un punto de vista profesional hayan aumentado las peticiones porque se extienda el deber de cuidado del auditor más allá del ámbito personal, tal y como se establece en el caso *Caparo*, así como elaborar lineamientos generales que describan el contenido de dichas obligaciones y, en su caso, de las disposiciones legales conducentes. Se ha aceptado que el deber de cuidado sólo debería ampliarse para contrarrestar mayores limitaciones a dicha responsabilidad.⁹⁷ La opinión de los profesionistas respecto de la nueva interpretación de *Caparo* se plasma en un artículo de noviembre de 1992 intitulado "El Desarrollo de la Auditoría en el Futuro" publicado por el Consejo de Prácticas en materia de Audi-

⁹⁵ "Banks Insist Auditors Take Wider Duty of Care", agosto de 1990, p. 9; "Banks Go for Duty of Care", *Accountancy*, agosto de 1990, p. 9.

⁹⁶ PERCIVAL (Fn. 82), p. 744; CUTHBERT/BERG, "After *Caparo*: Can Banks Rely on Audited Financial Statements?", *International Financial Law Review*, abril de 1990, p. 17. CUTHBERT/BERG presentan una "carta contrato modelo" ("model responsibility letter") para un banco para comprobar que los estados financieros realizados por el auditor a la empresa deudora han sido elaborados correctamente, incluyendo las siguientes cláusulas:

"6. We should be grateful if you would confirm that, for all purposes relating to the facilities, [...] each bank may rely (a) on the auditors' report which you issued in respect of the individual and group accounts of Borrower plc for the financial year ended 31 December, 1989; and (b) each such auditors' report for subsequent financial years which you issue on or before the facility's final repayment date in respect of the individual and group accounts of Borrower plc. [...]

8. The above confirmation will relate to the correctness of the relevant auditors' reports only as at their respective dates. This confirmation will not place your firm under any responsibility with regard to a matter occurring after the date of an auditor's report; except in so far as the matter is relevant to a subsequent auditors' report which has been signed."

⁹⁷ Se piensa en un "capping" (una nueva limitación de la responsabilidad como una variedad jurídica en relación con los honorarios del auditor) de conformidad con el modelo australiano o a la admisión contractual de diversas limitaciones a la responsabilidad. *Cfr.* además *Lieikerman-Report* (Fn. 93), p. 29, 39-40.

toría.⁹⁸ La propuesta hace alusión a una ampliación y contiene una disposición relativa a los derechos de quien recibe dicho servicio por parte del auditor. Junto con los patrones y los acreedores, se mencionan los terceros no accionistas ("stakeholders"), incluyendo accionistas potenciales, clientes y proveedores.⁹⁹ Sin embargo, existe una restricción: "Antes de ampliar el papel y alcance de la auditoría (...) debe encontrarse una solución a la amenaza financiera que resulta de los riesgos que las empresas auditoras corren por juicios ventilados con base en el derecho en vigor".¹⁰⁰

Los auditores ingleses han estado expuestos a las crecientes críticas.¹⁰¹ Se escuchan términos tales como "periodo de incertidumbre"¹⁰² o "periodo de búsqueda"¹⁰³ en sus reuniones. El informe del Consejo de Prácticas en materia de Auditoría sugiere, entre otras cuestiones, una ampliación del derecho a indemnización para contrarrestar la desconfianza en el público. Además, se ha pensado fortalecer al contador público para que no dependa de la administración de la sociedad auditada; e.g. con la introducción del sistema de rotación de auditores, la disposición del auditor por un turno más largo¹⁰⁴ y una influencia mayor de los accionistas en relación con el encargo del auditor y el proceso de auditoría.¹⁰⁵ Se pretende alcanzar un compromiso razonable

⁹⁸ En inglés: "The Future Development of Auditing" publicado por el *Auditing Practices Board*, en *Accountancy*, enero de 1993; pp. 88-96. Las primeras reacciones se relatan en Editorial, *Accountancy*, febrero de 1993, p. 1; COHEN, "Auditors' Liability for Negligence?: A Time for Reform", *J. Int'l Banking Law*, 1993, 133.

⁹⁹ [P]otential shareholders, customers and suppliers". Inciso 3.20-3.25 del informe, pp. 8-9.

¹⁰⁰ Before the role and scope of audit can be widened (...) a solution must be found for the financial threat posed by risks to auditing firms arising from litigation in the current legal framework". Inciso 3.25 del reporte de discusión, p. 9.

¹⁰¹ Al respecto han contribuido pleitos notables como el de *Polly Peck* y el de *Robert Maxwell*.

¹⁰² [E]xpectation gap", en inglés. Cfr. SINGLETON-GREEN, "Auditors and the Expectation Gap", *Accountancy*, abril de 1990, p. 62, conforme a la del estudio elaborado por KPMG Londres, "Audits and Auditors - What the Public Thinks?"; *idem*, "Bridging the Gap", *Accountancy*, octubre de 1990, p. 79; JENKINS, "Auditor's Guide to Bridging the Gap", *Accountancy*, octubre de 1990, p. 22; GODSELL, "Auditors Guide to Bridging the Gap", *Accountancy*, octubre de 1990, p. 22; GODSELL, "Auditors Legal Liability and the Expectation Gap", *Australian Accountant*, febrero de 1991, p. 22.

¹⁰³ En inglés: "perception gap". Cfr. WOOLF, "Legal Liabilities of Practicing Accountants", 1984, p. 7.

¹⁰⁴ La práctica actual de rotar a los auditores en Alemania se describe en el estudio realizado por COENENBERG/MARTEN, "Der Wechsel des Abschlussprüfers", *DB*, 1993, 101.

¹⁰⁵ Las propuestas relativas a la rotación del auditor se orientan a proponer un

entre las disposiciones relativas a la responsabilidad profesional y aquellas en que la responsabilidad civil puede resultar en la ruina financiera del contador público. Se ha tratado de evitar una situación como la sucedida en los Estados Unidos durante los años ochenta.¹⁰⁶ En caso de no darse una solución legal y que el poder judicial se posible una intervención del legislador: "Los contadores podrán suspirar tranquilamente, pero si las cortes continúan restringiendo la responsabilidad de los contadores públicos frente a terceros es posible que los legisladores intervengan en el asunto".¹⁰⁷ Las reacciones plasmadas en publicaciones en materia de economía concentradas en el análisis de la responsabilidad del contador público¹⁰⁸ se plantean en el mismo sentido: "Es necesario contar con nuevas leyes para que quede sin efecto el caso *Caparo* y se limite la responsabilidad del auditor".¹⁰⁹

IV. CONCLUSIÓN

En el derecho alemán, los hechos del caso *Caparo* se han considerado los de una auditoría obligatoria de la manera descrita en el artículo 316, párrafo 1 HGB y se han interpretado en los términos del artículo 323 HGB. También se ha fijado un límite a la responsabilidad del contador público frente a empresas auditadas que asciende a DM 500,000 marcos alemanes, siempre que dicho auditor no haya actuado de manera dolosa.¹¹⁰ Existen también ciertos accionistas que no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 323 HGB. De ahí que en los tribunales alemanes se haya rechazado la demanda y no se haya permitido que el caso se decidiera con base en el artículo

quinto lineamiento jurídico para coordinar las disposiciones protectoras que se han dictado en los países miembros, en que dichas sociedades se localizan conforme al artículo 58, párrafo 2 del Contrato para Accionistas y Terceros relativo a las facultades y obligaciones de sus órganos, ABIEG núm. C 131 de fecha 13 de diciembre de 1972, p. 49; editado por *Lutter* (Fn. 7), pp. 99-114.

¹⁰⁶ La dimensión de los problemas causados a los profesionistas en lo relativo a la responsabilidad civil e insolvencia se explica en LÜCK/HOLZER, "Die Krise des wirtschaftsprüfenden Berufsstandes in den USA", *DB*, 1993, 237.

¹⁰⁷ "Accountants may sigh with relief, but if the courts carry on restricting auditors' liability to third parties the chances are that Parliament will step in". ARNHEIM, "Auditors Fate in the Crucible?", *Accountancy*, mayo de 1991, p. 95.

¹⁰⁸ Cfr., e.g., "Auditing the Auditors", *The Economist*, de 28 de noviembre de 1992, p. 16 y "Bridge Building", *The Economist*, de 28 de noviembre de 1992, p. 91.

¹⁰⁹ "Bridge Building" (Fn. 99), p. 91.

¹¹⁰ Cfr. VON BAR (Fn. 2), p. 425.

lo 826. Tampoco se ha aceptado como prueba ningún tipo de responsabilidad contractual o similares. La decisión en el caso *Caparo* permite la existencia de las auditorías obligatorias en el derecho alemán. En Inglaterra existe una corriente que sostiene la responsabilidad del auditor con base en una conducta negligente que ocasione daños patrimoniales a terceros. La sentencia de la Cámara de los Lores no abarca la responsabilidad en los casos en que debe presentarse una auditoría obligatoria. *Smith v. Bush* indica el camino a seguir. Es de esperarse que se modifique la postura del derecho inglés por la del derecho alemán en casos de responsabilidad del auditor, exceptuando los casos en que la auditoría es obligatoria. La postura de los tribunales ingleses respecto de una "relación suficiente de proximidad" ("sufficient relationship of proximity") entre el auditor y terceros asociados lo da a entender.

El nuevo desarrollo del derecho inglés en lo relativo a la responsabilidad del auditor tiene una importancia jurídico-política en la CEE. La referida Comisión actuó de manera correcta al poner de relieve la responsabilidad del auditor frente a terceros en cuanto a lo jurídico y, más específicamente, en el Estatuto para la Sociedad Anónima Europea, así como considerar de competencia de los estados miembros las cuestiones relativas a la misma. El acercamiento del derecho inglés al derecho alemán en lo referente a la responsabilidad del auditor frente a terceros (§ 323 HGB) demuestra que es posible llegar a un acuerdo sobre el alcance de la responsabilidad profesional del auditor. Por supuesto que los terceros podrían estar interesados en que los estados miembros cuenten con disposiciones jurídicas relativas a la responsabilidad del auditor frente a terceros en los casos de negligencia. Será difícil que lo anterior se aplique mediante un ajuste de las disposiciones de responsabilidad en los estados miembros. El artículo 54, párrafo 3, inciso g del Tratado de la CEE no introduce las pautas que la CEE debe seguir en materia de competencia. El artículo 100 del Tratado de la CEE podría eliminarse como norma permisiva para ajustar las disposiciones de responsabilidad del auditor frente a terceros, debido a que tal ajuste no se hace necesario para el buen funcionamiento del mercado interno. Así parece que la CEE ajusta las disposiciones relativas a la responsabilidad del contador público, siempre que no se trate de auditorías obligatorias, pero deja a la vez sin respuesta la interrogante relativa a la necesidad de armonizar dichas disposiciones.